

# **Ringen um epistemische Souveränität: Zur politischen Theorie der Technologiesgesellschaft**

Abhandlung zur Erlangung der Doktorwürde  
der Philosophischen Fakultät der Universität Zürich

**vorgelegt von Alessandro Maranta**

von Poschiavo / GR

Angenommen auf Antrag von

**Prof. Dr. Georg Kohler**

**und**

**Prof. Dr. Helga Nowotny, PhD**

Zürich, 2006

## Dank

Mein Dank geht zunächst an Professor Georg Kohler und Professorin Helga Nowotny, die diese Arbeit betreut haben. Ihr danke ich zudem für den Freiraum, den sie mir sowohl intellektuell als auch im Rahmen meiner Anstellung als wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Professur für Wissenschaftsforschung gewährt hat. Einen großen Dank schulde ich Priska Gisler, Michael Guggenheim und Christian Pohl, die in unserem Nationalfondsprojekt meine eigene Fallstudie zur Deklaration gentechnisch veränderter Lebensmittel mit ihrer konstruktiven Kritik vorangetrieben haben. Diese Studie, die zusammen mit drei weiteren Fallstudien der Frage nachging, wie Fachleute in ihren Expertisen die für die Laien relevanten Tatsachen berücksichtigen (publiziert als *Imaginierte Laien*), gab den Anstoß zur vorliegenden Dissertation. Danken möchte ich hierbei auch Stefan Kohler, der mich im Sommer 1998 auf die damals anstehende Revision der Deklarationspflicht aufmerksam machte und mir die juristischen Zusammenhänge erläutert hat. Unschätzbar war außerdem der Zuspruch, den ich von Professor Yehuda Elkana und Professor Aant Elzinga erhalten habe, den epistemischen Aspekten des Rechts nachzugehen und eine Verknüpfung von politischer Philosophie und Wissenschaftsforschung anzustreben, um auf diese Weise den wechselseitigen Bezug von normativen und epistemischen Fragestellungen in der Rechtstheorie aufzuzeigen. Schließlich waren die Diskussionen mit meinen Freunden, besonders an der Professur für Wissenschaftsforschung und am Collegium Helveticum, von großem Wert. Neben diesem fachlichen Austausch wäre diese Dissertation ohne die Unterstützung durch meine Familie und meine Freunde freilich nicht zustande gekommen.

Inzwischen sind seit der Abgabe und Annahme meiner Dissertation im Herbst 2003 gut zwei Jahre vergangen, in denen ich bei den Parlamentsdiensten der Bundesversammlung die praktische Politik kennen lernen durfte. Auch dort spielt die Frage, welches die zu regulierende Wirklichkeit sei, eine maßgebliche Rolle: Die Begründung der Rechtsnormen erfolgt nicht ohne die gleichzeitige Konstruktion der rechtserheblichen Sachverhalte.

Zürich, im Januar 2006

Alessandro Maranta

Alessandro Maranta hat in Rom und Zürich Philosophie, Staatsrecht und Anglistik studiert und war Assistent an der Professur für Wissenschaftsphilosophie und Wissenschaftsforschung an der ETH Zürich. Kontakt: [alessandro.maranta@bluewin.ch](mailto:alessandro.maranta@bluewin.ch)

# Inhaltsverzeichnis

<b>Ringen um epistemische Souveränität.....</b>	<b>1</b>
<b>1 Von der Krise des Rechtsstaates.....</b>	<b>5</b>
1.1.1 <i>Kolonialisierte Lebenswelt und Legitimationsprobleme der Verwaltung</i> .....	6
1.1.1.1 Krise und Chance für den Rechtsstaat und die politische Theorie .....	9
1.1.1.2 Normative und epistemische Herausforderungen .....	14
1.1.2 <i>Klärung der Fragestellung gegenüber soziologischen Einwänden</i> .....	16
1.1.2.1 Kommunikationsbedingungen und Machtentfaltung .....	20
1.1.2.2 Epistemische Souveränität und dreistufige Analyse der behördlichen Ohnmacht .....	22
1.2 <i>Anzeichen und Ursachen der Krise des Rechtsstaates</i> .....	26
1.2.1.1 Diskurstheoretisches Paradoxon bei der Regulation von Technologien .....	29
1.2.1.2 Sekundäre Naturwüchsigkeiten und blockierte Dialektik .....	30
1.2.2 <i>Rechtsfortbildung durch die Verwaltung</i> .....	36
1.2.2.1 Typologien rechtserheblicher Sachverhalte .....	39
1.2.2.2 Ausweitung der Horizonte und Aushandlung der Rechtswirklichkeit .....	44
1.2.2.3 Ein Beispiel: Die Deklarationspflicht für gentechnisch veränderte Lebensmittel .....	50
1.2.2.4 Illegitime Machtentfaltung und demokratische Genese des Rechts .....	56
1.2.2.5 Demokratische Gleichheit, Macht und Status .....	61
1.2.3 <i>Missachtungen, Rechtfertigungen und Naturalisierungen</i> .....	69
1.2.3.1 Legitimation und Effizienz .....	73
1.2.3.2 Effizienz, Status und rechtsförmige Kommunikation.....	76
1.2.3.3 Rechtsparadigmen und prozeduralistisches Rechtsparadigma .....	78
1.2.3.4 Ohnmächtiges Rechtsverständnis und pluralisierte Rechtsparadigmen.....	85
1.2.3.5 Prozeduralistische Öffnung der Gewaltenteilung.....	91
<b>2 Naturalisierungen und qualifizierte Rechtfertigungen.....</b>	<b>103</b>
2.1 <i>Faktizität des Rechts und die Wurzeln des Rechtsverständnisses</i> .....	107
2.1.1.1 Zivilgesellschaft als Hort der Geltung?.....	108
2.1.1.2 Laienpublikum, Organisationen der Zivilgesellschaft und Diskurse .....	110
2.1.2 <i>Naturalisierungen und Institutionen als Bezugspunkte der Rechtfertigung</i> .....	113
2.1.2.1 Naturalisierte Gleichheit als Bedingung von Institutionen .....	116
2.1.2.2 Gestaltbarkeit von Naturalisierungen im Recht .....	121
2.1.2.3 „Sekundäre Naturwüchsigkeiten“ und Naturalisierungen.....	124
2.1.3 <i>Rechtsparadigmen und Gleichheit</i> .....	129
2.1.3.1 Gleichheit: demokratisch, naturalisiert und epistemisch .....	131
2.1.3.2 Habermas' fünfte Kategorie der Grundrechte und epistemische Souveränität .....	135

2.1.3.3	Voraussetzungen idealer Sprechsituationen als unzureichende Rechtsform .....	141
2.1.4	<i>Rechtssoziologische Macht oder rechtstheoretische Ohnmacht?</i> .....	148
2.1.4.1	Gleichheit in Normenbegründung und Normenanwendung .....	153
2.1.4.2	Epistemische Souveränität und Qualifikation rechtserheblicher Sachverhalte .....	159
2.1.4.3	Qualifizierte Gleichheit, Status und Kämpfe um Anerkennung .....	165
2.2	<b><i>Handlungsordnungen und Qualifikationen</i></b> .....	174
2.2.1.1	Schwächen der Lebenswelt .....	176
2.2.1.2	Lebenswelt und Alltagswelt .....	183
2.2.1.3	An den Dingen vorbei gedacht .....	190
2.2.2	<i>Drei Handlungsordnungen und der Umgang mit Dingen</i> .....	194
2.2.2.1	Handlungsordnungen der Vertrautheit oder Lebenswelt .....	196
2.2.2.2	Handlungsordnungen normal geplanter Handlungen oder Systeme .....	198
2.2.2.3	Handlungsordnungen der Rechtfertigung und Rechtfertigungsordnungen .....	204
2.2.2.4	Entfaltung von Rechtfertigungsordnungen .....	211
2.2.3	<i>Realitätsbezug normativer Kontroversen</i> .....	215
2.2.3.1	Kompromisse, Diskursprinzip und das erste Kriterium legitimer Qualifikation .....	216
2.2.3.2	Realitäten, Werte und das zweite Kriterium legitimer Qualifikation .....	222
2.2.3.3	Stabile Koppelung und das dritte Kriterium legitimer Qualifikation .....	227
3	<b>Verwirklichung epistemischer Souveränität und Überwindung der Krise</b> .....	241
3.1	<b><i>Epistemische Souveränität und maßgebliche Ordnungen</i></b> .....	246
3.1.1	<i>Organisation epistemischer Souveränität</i> .....	254
3.1.1.1	Prozeduralismus, Demokratieprinzip und Legitimitätskriterien .....	255
3.1.1.2	Rechtsförmige Verfahren zur Überwindung der Ohnmacht der Verwaltungen .....	263
3.1.2	<i>Alternative Kriterien für die Gestaltung der Rechtswirklichkeit</i> .....	272
3.1.2.1	Niveau der Rechte – nicht Differenzprinzip .....	273
3.1.2.2	Autorität der Sachverständigen und wissenschaftlicher Ethos .....	288
3.1.2.3	Demokratisierung von Expertise und epistemischer Paternalismus .....	300
3.1.3	<i>Antagonismen und epistemische Repräsentationen</i> .....	307
3.1.3.1	Antagonismen zwischen Technologie und Recht .....	308
3.1.3.2	Epistemische Repräsentationen souveräner Akteure .....	315
	<b><i>Bibliographie</i></b> .....	321
	Zusammenfassung .....	332
	Abstract .....	332



# *Ringen um epistemische Souveränität*

Debatten um Regulationsmaßnahmen und um behördliche Entscheide zu kontrollieren Technologien prägen den medialen Alltag. Daher mag es erstaunen, dass die normative politische Theorie diesen Auseinandersetzungen noch vergleichsweise wenig Aufmerksamkeit schenkt. Obschon allgemein anerkannt wird, dass die moderne Gesellschaft eine von Technologien durchsetzte Wissensgesellschaft geworden ist, wird bisher wenig bedacht, welche Implikationen die Herausforderungen für die politische Theorie und die Rechtstheorie haben könnten, die durch Technologien an die Gesellschafts- und Rechtsordnung gestellt werden.

Selbstverständlich erheben sich immer wieder fortschrittsgläubige oder pessimistische Stimmen zu dieser oder jener Technologieentwicklung. Allerdings wollen derlei Stellungnahmen direkt und als jeweils letztgültige Stellungnahmen in die Entwicklung einer Technologie eingreifen. Schlagende Argumente sollen einen Konsens erzwingen, und die Kontrahenten übersehen dabei die politischen und verfahrensrechtlichen Bedingungen, die erst zu verbindlichen Vollzugsmaßnahmen führen können. So geraten die Bedingungen aus dem Blick, die gegeben sein müssen, damit eine rechtlich verbindliche Technologiesteuerung überhaupt gelingen kann. Meines Erachtens liegen die Schwierigkeiten nicht so sehr bei der Gesetzgebung, sondern sie tauchen im Vollzug auf, wenn die Verwaltungen festlegen, nach welchem Wissen die rechtserheblichen Sachverhalte bestimmt werden sollen. Der erste Anspruch dieser Arbeit ist daher, die epistemischen Bedingungen für einen legitimen Vollzug klarer zu begreifen.

Ich untersuche die staatliche Regulation von Technologien aus der Perspektive der normativen politischen Theorie und der Rechtstheorie. Kerngedanke dieser Theorien ist, dass die Rechtsordnung einer Gesellschaft nur dann legitim sein kann, wenn sich diese ihre Gesetze selbst auferlegt. Diese Idee der Selbstgesetzgebung gilt auch beim Vollzug der Rechtsnormen und bei der Ausgestaltung der Rechtswirklichkeit. Habermas' Diskurstheorie des Rechts in *Faktizität und Geltung* versucht, diese Idee in einer Rechtstheorie festzuhalten. Habermas nennt als Kerngehalt einer gerechten Rechtsordnung fünf Kategorien von Grundrechten. Die ersten vier sind: Freiheitsrechte, die Anerkennung des Bürgerstatus, Rechtsgleichheit und politische Autonomie. Die fünfte Kategorie bleibt dagegen nur programmatisch angedeutet, doch erscheint sie mir darauf angelegt, die rechtstheoretischen Probleme anzugehen, die

sich bei der Regulation von Technologien und allgemein im Rahmen komplexer Vollzugsmaßnahmen stellen. Die Verwaltungen erhalten durch die Ausgestaltung dieser Maßnahmen einen beträchtlichen Einfluss auf die Ausgestaltung der Rechtswirklichkeit und sollen aus diesem Grund von der Öffentlichkeit kontrolliert werden. Insoweit die Behörden die maßgeblichen Sachverhalte bestimmen, stecken sie durch diese epistemischen Festlegungen die Entwicklung der Rechtswirklichkeit ab. Ich werde darlegen, inwiefern diese fünfte Kategorie der Grundrechte, die in Habermas' Rechtstheorie angelegt ist, Teilhaberechte bei dieser epistemischen Genese des Rechts sichern soll. Damit zeichnet sich das zweite Ziel dieser Arbeit ab, diese Kategorie, die ich als epistemische Souveränität bezeichne, zur Entfaltung zu bringen. Ich fasse diese Ansprüche mit dem Begriff der epistemischen Souveränität, da sie die demokratische Souveränität, die durch Gesetzgebungsprozesse bei der rechtsförmigen Normenbegründung wirksam wird, bei der Normenanwendung im Vollzug epistemisch ergänzen soll.

Diese Kategorie bleibt nach meiner Auffassung bei Habermas vage, da ihre volle rechtstheoretische Entfaltung Implikationen für die theoretischen Grundlagen von Habermas' Diskurstheorie nach sich zieht. Ich werde zeigen, inwiefern die sprachphilosophisch fundierte Diskurstheorie durch nichtsprachliche Kompetenzen ergänzt werden muss, die sich insbesondere im Umgang mit Technologien, in Automatismen und im unmittelbaren Bezug zu Dingen sowie zur physischen Umwelt zeigen. Obschon diese Kompetenzen und Praktiken nichtsprachlich sind, können und müssen sie zur Sprache gebracht werden, da sie ansonsten für das Recht bedeutungslos bleiben müssten. Doch gegen weit verbreitete Ansichten bedarf es dazu keine umfassenden theoretischen Darstellungen oder gar wissenschaftliche Erklärungen, da die artikulierten Überzeugungen der Akteure selbst maßgeblich bleiben. Diese Ansicht ergibt sich aus dem Recht auf Selbstgesetzgebung, das auch für die Ausgestaltung der Rechtswirklichkeit gelten soll. Die maßgebliche Perspektive ist diejenige der Akteure in ihrer Binnenperspektive, die für sie sinnvolle Handlungszusammenhänge erzeugen. Für die Kooperation dieser Akteure sind nicht weiter hinterfragte Überzeugungen notwendig, die ich ausgehend von Mary Douglas' Thesen zur Funktion von Naturalisierungen in Institutionen erläutern möchte. Da die Rechtstheorie Kriterien formulieren soll, wie diese Zusammenhänge im Vollzug besser berücksichtigt werden können, führe ich Konzepte aus soziologischen Arbeiten von Luc Boltanski und Laurent Thévenot zur Entfaltung von Handlungsordnungen ein und greife daneben auf verschiedene Einsichten aus der Wissenschafts- und Technikforschung zurück. Eine weitere Absicht ist folglich die Einsichten aus diesen

sozialwissenschaftlichen Forschungsbereichen für die normative politische Theorie und die Rechtstheorie fruchtbar zu machen.

Ich beginne mit Habermas' Diagnose der Krise des Rechtsstaats aus *Faktizität und Geltung*, die die Verselbstständigung der Verwaltungen nachzeichnet. Habermas beschreibt die Entwicklung in den Verwaltungen als illegitime Machtentfaltung und fordert eine verstärkte Kontrolle der Öffentlichkeit über die Entscheidungsprozesse. Dagegen deute ich die Krise des Rechtsstaats als Ohnmacht der Verwaltung, die kontingent gewordene Maßstäbe der Rechtsanwendung gegenüber der Öffentlichkeit zu legitimieren. Anstatt vom rechtssoziologischen Problem auszugehen, dass die Verwaltungen grundsätzlich legitim verfahren könnten, aber nicht wollen, gehe ich vom rechtstheoretisch grundlegenden Problem aus, dass die Verwaltungen durchaus legitime Vollzugsmaßnahmen wollen, deren Legitimation aber nicht erlangen können, weil ihnen hierzu die rechtsförmigen Verfahren fehlen.

Im zweiten Teil werde ich die Bedingungen der Möglichkeit solcher Verfahren darlegen und die normativen Kriterien erarbeiten, die solche Verfahren erfüllen müssten. Dazu stütze ich mich einerseits auf die rechtstheoretische Arbeit von Klaus Günther zu den Kriterien der Normenbegründung und Normenanwendung; andererseits beziehe ich namentlich die Einsichten von Douglas, Boltanski und Thévenot in die Argumentation ein, die den nichtsprachlichen Bezug zur Umwelt im allgemeinen und zu Dingen oder Technologien im besonderen erhellen. Gestützt auf diese Einsichten soll der nichtsprachliche Bezug zu den Dingen Eingang in die Rechtstheorie finden. Diese nichtsprachliche Kompetenz der Menschen stellt gleichermaßen wie die Sprachfähigkeit eine notwendige Bedingung für das autonome Handeln von Personen in der Gesellschaft mit anderen dar. Da die normative politische Theorie und die Rechtstheorie die Bedingungen ermitteln sollen, die für die Selbstgesetzgebung von Gesellschaften erfüllt sein müssen, wird der Stellenwert dieser nichtsprachlichen Kompetenzen in Rechtstheorien klärungsbedürftig. Ich werde zeigen, dass eine Rechtstheorie unvollständig bleiben muss, die diese Kompetenzen nicht berücksichtigt. Diese finden in der Rechtsanwendung ihre rechtstheoretisch angemessene Verortung und müssen daher bei der Festlegung der rechtserheblichen Sachverhalte berücksichtigt werden. Deshalb schließe ich den zweiten Teil mit drei Kriterien, die bei einer legitimen Festlegung rechtserheblicher Sachverhalte erfüllt werden müssen.

Im dritten Teil werde ich die Umsetzungsmöglichkeiten dieser Kriterien im Rechtsstaat erläutern und mit alternativen Konzeptionen vergleichen. Abschließend werde ich zeigen, dass Technologien und Recht im modernen Rechtsstaat in einem antagonistischen Verhältnis zueinander stehen: Technologien beruhen auf dem Gebrauch

persönlicher Freiheitsrechte, während sich das Recht in der gemeinschaftlichen Ausübung politischer Autonomie entfaltet. In der Folge ist die Verortung von Innovation grundverschieden. Da beide, Technologien und Recht, Handlungserwartungen und epistemische Annahmen überindividuell stabilisieren und so gesellschaftlich wirksam werden, ist in modernen Gesellschaften der Widerstreit darüber unvermeidlich, wer berechtigt ist, die Gesellschaftsordnung zu gestalten: Individuen und Gruppen stützen sich auf die persönliche Freiheit und wirken durch die Entfaltung von Technologien auf die Gesellschaftsordnung ein, während die Rechtsgemeinschaft über die Genese des Rechts sich selbst zu bestimmen versucht.

Die beabsichtigte Grundlegung epistemischer Souveränität leistet zweierlei: In einem weiten Sinn öffnet sie die normativen politischen Theorien im Hinblick auf den nichtsprachlichen Bezug zu Dingen und zu Technologien, und sie zeigt auf, wie dieser Bezug angemessen zur Sprache gebracht werden kann. In einem engeren Sinn bietet die Grundlegung rechtstheoretisch fundierte, normative Kriterien an, aufgrund derer den nichtsprachlichen Kompetenzen der Menschen im Vollzug die angemessene Beachtung geschenkt werden soll. Auf diese Weise sollen die Debatten um Regulationsmaßnahmen und behördliche Entscheide zu kontroversen Technologien, die gegensätzliche Argumente darüber vorbringen, welche Aspekte einer Technologie rechtserheblich sein sollte, rechtstheoretisch durchschaubar gemacht werden. Diese Debatten entpuppen sich als Machtkämpfe darüber, wer oder was epistemisch maßgeblich für die Regulation sei. Der Leitgedanke des Rechtsstaats ist dagegen, dass Machtkämpfe, die von gesellschaftlicher Bedeutung sind, nicht durch Macht oder Gewalt sondern durch Recht gelöst werden sollten. Das gegenwärtige Ringen um epistemische Souveränität macht das Anliegen deutlich, die kontroversen Debatten in rechtlich verbindliche und legitime Bahnen zu lenken.

# 1 Von der Krise des Rechtsstaates

Die Beiträge von Jürgen Habermas zur Kommunikationstheorie der Gesellschaft sowie zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates, die in den beiden Hauptwerken *Theorie des kommunikativen Handelns* (1981) und *Faktizität und Geltung* (1992) ausführlich dargestellt sind, enden beide mit bedrückenden Feststellungen: Expertenkulturen spalten sich vom alltäglichen Erfahrungshorizont ab, korrektes Handeln scheint durch gesellschaftliche Funktionen festgeschrieben und kaum hinterfragbar, und Kommunikationsprozesse werden im modernen Rechtsstaat zunehmend versachlicht und entziehen sich einer breiten Öffentlichkeit. Daraus leitet Habermas seine Diagnose ab, dass Entscheidungen staatlicher Behörden zunehmend an Legitimität einbüßen, da die Expertisen der Sachverständigen die konkret gewählte Vollzugsform von Regulationsmaßnahmen nicht mehr hinreichend gegenüber der Öffentlichkeit rechtfertigen. Die Maßnahmen werden nicht mehr öffentlich ausgehandelt und die für Bürgerinnen und Bürger maßgeblichen Zusammenhänge und Erfahrungen werden ungenügend beachtet.

Der staatlich garantierte Schutz von Gütern und Handlungsräumen, die für Bürgerinnen und Bürger von fundamentaler Bedeutung sind, kann offenbar dazu führen, dass die staatliche Regulation und der Eingriff der Behörden die alltäglichen Kompetenzen und das Recht auf Mitsprache in Wirklichkeit nicht schützen. Im Gegenteil scheinen diese Eingriffe die zu schützenden Kompetenzen durch einen gut gemeinten Paternalismus zu bedrohen, und so wächst das Unbehagen und Misstrauen gegenüber staatlichen Eingriffen. Diese Beklemmung zeigt sich gerade auch bei der Regulation von Technologien und der Frage, inwieweit wissenschaftliche und technologische Entwicklungen überhaupt steuerbar sind.<sup>1</sup> Diese Steuerung müsste durch die staatlichen Behörden auf die Bedürfnisse der Öffentlichkeit abgestimmt werden. Doch deren Anliegen scheinen sich gegen die Macht der Expertenkulturen nicht artikulieren zu können. Die Wiederkehr dieses Unbehagens – gleichsam als Aporie der Diskurstheorie – am Ende zweier zentraler Werke Habermas' verdeutlicht, dass dieser Befund nicht nur praktische Fragen der Umsetzung aufwirft, sondern tief in die Grundlagen der Rechtstheorie und der politischen Theorie eindringt. Diese Thesen werden von Habermas in der *Theorie des kommunikativen Handelns*

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu umfassend Stehr (2003).

unter dem Stichwort der „Kolonialisierung der Lebenswelt“ dargelegt,<sup>2</sup> während er in *Faktizität und Geltung* die Entkoppelung funktionaler Eliten als „Krise des Rechtsstaates“ diagnostiziert, dem er ein prozeduralistisches Rechtsverständnis entgegen hält.<sup>3</sup>

Die Diagnose einer Krise des Rechtsstaates wähle ich als Ausgangspunkt, um der Frage nach der Steuerbarkeit von Wissenschaft und Technologie aus dem Blickwinkel der politischen Theorie und der Rechtstheorie nachzugehen. Bei meiner Argumentation setze ich eine grundsätzliche Steuerbarkeit kraft der demokratischen Gesetzgebung voraus und werde mein Augenmerk auf den Vollzug von Regulationsmaßnahmen im Umgang mit Technologien richten. Denn im Vollzug wird entschieden, unter welchen Umständen die Rechtsnormen anzuwenden sind. Im Rahmen dieser Entscheidungen entfalten Expertenkulturen ihre epistemische Autorität und prägen so die Ausgestaltung der Rechtswirklichkeit. Die entscheidende rechtstheoretische Frage ist dann, inwieweit diese Entscheidungen Legitimität beanspruchen können und ob allenfalls institutionelle Anpassungen des Rechtsstaates notwendig sind.

### 1.1.1 Kolonialiserte Lebenswelt und Legitimationsprobleme der Verwaltung

Die Thesen von der Kolonialisierung der Lebenswelt und der Krise des Rechtsstaates sind miteinander verbunden, denn sie beleuchten ein zusammenhängendes Phänomen von zwei verschiedenen Seiten: In der *Theorie des kommunikativen Handelns* untersucht Habermas, inwieweit die kommunikativ gestalteten Interaktionen zwischen Individuen verdrängt werden durch überindividuelle, gesellschaftliche Ordnungen und Regeln, die von den Erwartungen in funktionalisierten Systemen vorgegeben werden.<sup>4</sup> Diese Darstellung ist geprägt vom Gegensatz zwischen der Lebenswelt, die durch den Horizont unmittelbarer persönlicher Handlungen und unreflektierter Selbstverständlichkeiten bestimmt wird, und sozialen Systemen wie Politik, Markt, Wissenschaft oder Administration.<sup>5</sup> In diesen werden Handlungen nach Erwartungen bemessen, die nicht auf interpersonaler einvernehmlicher Einigung beruhen, sondern darauf, dass eine bestimmte gesellschaftliche Aufgabe effizient erfüllt wird.

---

<sup>2</sup> In Habermas (1981b: 504-547).

<sup>3</sup> Siehe Habermas (1992: 516-537).

<sup>4</sup> Dazu Habermas (1981b: 292f., 504-547).

<sup>5</sup> Zur Unterscheidung von System und Lebenswelt siehe Habermas (1981a: 102-113) und insbesondere (1981b: 171-293).

Habermas stellt fest, dass die Lebenswelt, die den Horizont unmittelbarer persönlicher Handlungen bestimmt, durch Erwartungshaltungen kolonialisiert wird, die aus den überindividuellen, funktionalisierten Zusammenhängen gesellschaftlicher Systeme in die Alltagswelt der Individuen eindringen.

Sobald die Lebenswelt Gefahr läuft, kein unabhängiges Verständnis der Handlungszusammenhänge mehr auszubilden, das den Systemerwartungen entgegengehalten werden kann, dann verliert die Gesellschaft für Habermas das Fundament einer stabilen Ordnung. Die Erwartung, Funktionen effizient zu erfüllen (ohne dabei die Kriterien der Effizienz zu überdenken), verdrängt unter diesen Umständen die Überzeugung, dass Handlungen in sozialen Kontexten nur dann im Sinne der Beteiligten sein können, wenn sie miteinander abgesprochen werden. Effizienz gemessen an der systemisch bestimmten, gesellschaftlichen Funktion steht hier in Konkurrenz mit Legitimität, die auf dem Konsens der Beteiligten gründet. Effizienz bedroht somit die Freiheit der Individuen, ihre gemeinschaftlichen Handlungszusammenhänge autonom zu gestalten. Der Schutz dieser Autonomie ist der Kerngedanke der liberalen Tradition, so dass die Ausbreitung funktionalisierter Handlungserwartungen dieses Erbe gefährdet. Daher ist auch die Legitimität der liberalen Staatsordnung in Gefahr. Denn vorgegebene Effizienzüberlegungen ersetzen die Reflexion und Einigung darüber, wie die Behörden die abstrakte Rechtsordnung in eine angemessene Rechtswirklichkeit umsetzen sollen. Der demokratische Grundgedanke, dass sich die Rechtsgemeinschaft ihre Gesetze aus Einsicht selbst gibt, wird untergraben. Die Verletzbarkeit der demokratischen Genese des Rechts und die Abspaltung der Expertenkulturen zeigen sich besonders deutlich bei der Regulation von Technologien. Hier lässt sich prüfen, inwieweit die staatliche Regulation tatsächlich Kompetenzen und Mitsprache schwächt.

Die Krise des Rechtsstaates entzündet sich an der Spannung zwischen Effizienz und Legitimität in der Verwaltungstätigkeit. Im breiteren Spannungsbogen von *Faktizität und Geltung* nimmt dieser Konflikt im Rechtsstaat eine entscheidende Stellung ein. Habermas untersucht, wie Verwaltungen mit widerstreitenden Systemerwartungen umgehen. Denn wenn die Behörden in ihren Erlassen die Rechtswirklichkeit gestalten, dann müssten sie gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern rechtfertigen können, wie sie die Kontroversen auflösen, die durch die Forderungen unterschiedlicher Systeme entstehen. In seiner Diagnose der Krise des Rechtsstaates zeigt Habermas, dass die Behörden die Entscheide, die bei der Konkretisierung des Rechts gefällt werden, nur unzureichend gegenüber den lebensweltlich verwurzelten Individuen rechtfertigen können. Schließlich müsste die

Rechtfertigung auf deren Verständnis der relevanten Handlungszusammenhänge Bezug nehmen können, was Erfahrungen und Wissen mit der Rechtsmaterie im Alltag voraussetzt. Diese Erfahrungen sollten gegenüber den Systemen ausreichend autonom bleiben, um lebensweltliche Anknüpfungspunkte für die Legitimation der Rechtswirklichkeit gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern zu bieten. Diese sind aber nach Habermas' These von der Kolonialisierung der Lebenswelt geschwächt. Die Krise des Rechtsstaates offenbart sich als Legitimationskrise der Verwaltung, die ihre Entscheide gegenüber der Öffentlichkeit kaum mehr rechtfertigen kann, da die Entscheidungsgrundlagen den Erfahrungen des Alltags entrückt sind.

Die gesellschaftstheoretische These von der Kolonialisierung der Lebenswelt und die rechtstheoretische These von der Krise des Rechtsstaates hängen zusammen. Die Schwäche der Lebenswelt und die abnehmende Bedeutung kontextgebundener Erfahrungen, die Habermas in der These von der Kolonialisierung der Lebenswelt anspricht, mündet in die Krise des Rechtsstaates. Je kraftloser die Lebenswelt gegenüber den Forderungen wird, die in Systemen verankert sind, desto schwieriger wird es, die Erlasse zu legitimieren, mit denen die Behörden die Rechtswirklichkeit gestalten. Diese wird gestützt auf wissenschaftliche Expertisen ausgestaltet, die nicht in der Lebenswelt verwurzelt sind, sondern bestenfalls kolonialisierend implantiert werden. Die Entkoppelung der Expertenkulturen ist demnach eine rechtsstaatliche Begleiterscheinung der Schwächung der Lebenswelt. Aufgrund dieses Zusammenhanges kann die Krise des Rechtsstaates gemäss Habermas dadurch überwunden werden, dass die vielfältigen, alltäglichen Handlungszusammenhänge der Lebenswelt durch die Festigung der vorstaatlichen Organisationen in der Zivilgesellschaft sowie durch die angemessen institutionalisierte Vorkehrungen im Rechtsstaat gestärkt werden.<sup>6</sup> Mit solchen Maßnahmen sollen die Entscheidungen der Sachverständigen in und für die Verwaltungen wieder an die Öffentlichkeit gekoppelt werden. Für die gegenwärtigen liberalen Gesellschaften wird diese Forderung unabdingbar, da zwei wesentliche Ansprüche dieser Gesellschaften miteinander in Konflikt geraten: das liberale Erbe und das Selbstverständnis als Wissensgesellschaft,<sup>7</sup> die weit reichend von Technologien Gebrauch macht.

---

<sup>6</sup> Dazu Habermas (1992: 399-467).

<sup>7</sup> Das Verständnis des Begriffs der „Wissensgesellschaft“ hängt maßgeblich davon ab, ob unter Wissen tauschbare Daten als Information oder kontextsensitive Erkenntnis als Handlungsvermögen verstanden wird. Daraus ergeben sich divergierende Zukunftsszenarien für die Wissensgesellschaft. Vgl. dazu Stehr (2003:42-49) sowie Nowotny et al. (2001: 10-15).



### *1.1.1.1 Krise und Chance für den Rechtsstaat und die politische Theorie*

Der Konflikt zwischen dem liberalen Verständnis der Gesellschaft, das auf der Idee der gemeinsam ausgehandelten Selbstgesetzgebung beruht, und der Wissensgesellschaft, die durch die Produktion und den Austausch von neuem zusätzlichen Wissen bestimmt wird, beruht auf zwei gegensätzlichen Verortungen von gesellschaftlich wirksamen Innovationen. Rechtsstaatliche Neuerungen sollen von einer umfassenden Rechtsgemeinschaft getragen werden, wobei eine klare Grenze zwischen privaten und öffentlichen Angelegenheiten gezogen werden soll, während wissenschaftlich-technische Innovationen von begrenzten Gruppen in die Gesellschaft getragen werden, wobei die Grenze zwischen privat entwickelter Neuerung und öffentlicher Ausbreitung durch die Vermarktung überbrückt wird. Unter diesen Umständen sieht sich die staatliche Regulation von Technologien durch konfligierende Ansprüche, Neuerungen in die Gesellschaft einzubringen, herausgefordert.

Die Herausforderung für den Rechtsstaat und die politische Theorie besteht insbesondere darin, die Kriterien für die rechtsstaatlichen Verfahren zu formulieren, mit denen die lebensweltlichen Zusammenhänge gegen den Innovationsdruck angemessen gestärkt werden können. Nur so lässt sich der demokratische Grundgedanke bewahren, dass die Rechtsgemeinschaft sich ihre Gesetze aus Einsicht selbst auferlegt. Dieser Grundgedanke legt gesellschaftlichen Neuerungen gemeinsame Aushandlungsprozesse zu Grunde, an denen alle beteiligt sein sollen. Im Gegensatz dazu gehen technologische Innovationen von begrenzten Gruppen aus, die sich – gemäss des Modells eines linearen Wissenstransfers von den akademischen Forschungseinrichtungen in die Industrie –<sup>8</sup> auf wissenschaftliche Forschungsarbeiten stützen und diese Einsichten für Produkte anwenden, die dann vermarktet werden und so in die Gesellschaft einfließen. Beide Modelle der Genese gesellschaftlicher Innovationen, demokratische rechtsförmige Erneuerung und technische, marktwirtschaftliche Innovation mögen gegenüber den empirischen Befunden zu oberflächlich sein, doch die Konflikte darüber, wer auf welche Weise berechtigt ist, Neuerungen in die Gesellschaft einzuführen, beruhen auf der gegensätzlichen Verortung des Anrechts, verbindliche Neuerungen in die Gesellschaft einzubringen.

---

<sup>8</sup> Vgl. dazu Weingart (2003: 103-111, insbesondere 108). Die Finalisierungsthese, die von Böhme et al. (1978) vorgebracht wurde, übernimmt die Linearität von der Forschung zur Öffentlichkeit, setzt aber an die Stelle des Marktes öffentliche Aushandlungsprozesse. Problematisch an der Finalisierungsthese ist meines Erachtens, dass mit dem Konzept der theoretischen Reife unterstellt wird, die epistemische Schließung erfolge allein durch die Theorien aus den Wissenschaften.

Wissenschaftliche Expertise kann diesen Konflikt nicht schlichten. Abgesehen davon, dass immer wieder handfeste Interessenskonflikte bestehen, können die für die Konfliktlösung erforderlichen Einsichten nicht allein aus den Wissenschaften stammen. Erstens folgt die Beurteilung von Geltungsansprüchen im Wissenschaftssystem anderen Kriterien als bei den Behörden. Vereinfachend zählt in der Wissenschaft die Wahrheit ohne Zeitindex, während die Behörden die situativ angemessene Entscheidung im Sinne aller Betroffenen anstreben. Deshalb sollten die Aushandlungsprozesse gegenüber der Öffentlichkeit transparent gemacht werden. Die Zielsetzung und soziale Organisation kann daher in den Wissenschaften und in den Entscheidungsverfahren der Behörden nicht identisch sein. Aus diesem Grund können die Ergebnisse der Wissenschaften nicht einfach in die Entscheidungen der Behörden übernommen werden. Dies gilt merkwürdigerweise auch für die wissenschaftlichen Erkenntnisse selbst. Auch epistemologisch bestehen Hindernisse, die Ergebnisse der Wissenschaften unreflektiert zu übernehmen. Denn zweitens reichen kontextgebundene Erfahrungen über die Grenzen wissenschaftlich gesicherter Erkenntnisse hinaus. Die Lebenswelt alltäglich handelnder Akteure ist epistemisch facettenreicher, als die Welt, von der die Sachverständigen bei ihren Standardisierungen ausgehen und mit denen sie die Rechtswirklichkeit gestalten.<sup>9</sup> Die Legitimationsprobleme der Verwaltung und die Krise des Rechtsstaates haben daher sowohl demokratietheoretische wie auch epistemische Ursachen.

Diese institutionellen Defizite werden bei der Regulation von Technologien besonders deutlich. Gleichwohl ist diese Krise als Chance zu verstehen, die rechtsstaatlichen Mängel zu beheben. Erst die Krise macht diese Unzulänglichkeiten sichtbar und korrigierbar, die dem institutionalisierten Umgang mit Expertise in den Behörden infolge epistemischer wie auch demokratischer Mängel zu Grunde liegen. Deshalb erscheint mir die Forderung nach Deregulation angesichts der Schwierigkeiten mit Regulationen von Technologien schlicht keine angemessene Antwort auf die rechtsstaatliche Herausforderung.<sup>10</sup> Eine solche Empfehlung schlägt sich beim Konflikt zwischen der demokratischen und der marktwirtschaftlichen Innovation auf die Seite des Marktes als Quelle gesellschaftlicher Veränderungen. Regulationen sollen sich auf diejenigen Bereiche beschränken, in denen die Autonomie gefährdet wird. Allerdings wird sich bei näherem Hinsehen zeigen, dass diese Autonomie

---

<sup>9</sup> Zum Wissen, dass Laien im Umgang mit Technologien mitbringen siehe: Irwin (1995), Irwin & Wynne (1996) sowie die kurze programmatische Darstellung von Wynne (1991).

vielschichtig ist und daher auch die Güter und Kompetenzen, die geschützt werden sollen; und in der Folge werden Konflikte unvermeidlich, denen der Ruf nach Deregulation ausweichen will. Aus diesem Grund muss geklärt werden, welche Bedingungen ein rechtsstaatlich legitimer Vollzug von Regulationsmaßnahmen erfüllen muss.

Für die Klärung dieser Herausforderung bilden die Thesen von der Kolonialisierung der Lebenswelt und von der Krise des Rechtsstaates den Ausgangspunkt. Der vorliegende Beitrag zu einer politischen Theorie versucht Antworten auf die Herausforderungen zu geben, mit denen sich moderne, zunehmend von Technologien geprägte Gesellschaften konfrontiert sehen. Ich teile die allgemeine Diagnose, dass sich der Rechtsstaat in einer Krise befindet. Symptom dafür ist beispielsweise die wiederholte Ratlosigkeit, die die staatliche Regulation der Gentechnologie begleitet. Die vielfältigen Expertisen können das staatliche Handeln nicht mehr befriedigend rechtfertigen, erscheinen zuweilen widersprüchlich oder unzulänglich beschränkt; und so müssen gemäss Habermas die Maßstäbe und Beurteilungsgrundlagen, nach denen das Recht angewendet wird, den Bürgerinnen und Bürgern kontingent erscheinen.<sup>11</sup> Die Rechtsanwendung bewegt sich in einem Ermessensspielraum, der einerseits durch die geltenden Rechtsnormen nicht ausreichend strukturiert wird und andererseits doch zu divergenten Rechtswirklichkeiten führt, deren unterschiedliche Rechtsfolgen und Nebenwirkungen erheblich sein können. Aus diesem Grund stimme ich der von Habermas geäußerten Ansicht zu, dass ein „Regelungsdefizit der steuernden Verwaltung“<sup>12</sup> zu beklagen sei. Die Verfahren, mit denen die Volkssouveränität institutionalisiert wird und die eine demokratische Genese des Rechts garantieren sollen, reichen nicht mehr hin, um die Rechtswirklichkeit auf den Willen von Bürgerinnen und Bürger zurückzuführen. Die kontingent gewordenen Maßstäbe der Rechtsanwendung sind daher augenfälliges Symptom für die Legitimationsprobleme der Verwaltung und die Krise des Rechtsstaates. Auf diese Weise entsteht der Eindruck, dass die Selbstgesetzgebung gegenüber dem Druck wissenschaftlich-technischer Innovationen und der Autorität der Expertenkulturen beschränkt sei. Nico Stehr beschreibt diesen Eindruck folgendermaßen:

Die wahrscheinlich vorrangige Erfahrung im alltäglichen Umgang mit technischen Dingen ist die mit dem *fertigen* Produkt. Das alltägliche Erlebnis von Technik ist nicht das der Konzeption, der Herstellung, kurz der Entscheidungen, die den im All-

<sup>10</sup> Vgl. beispielsweise die Diskussion von Forderungen nach Deregulierung in der Gentechnik bei Van den Daele (1997).

<sup>11</sup> Habermas (1992: 518).

<sup>12</sup> Habermas (1992: 521).

tag fast immer unsichtbaren »*technischen Code*« der Sache ausmachen und die dann über den Umgang mit ihr im alltäglichen Gebrauchskontext mitentscheiden.<sup>13</sup>

Technik nimmt Entscheidungen ab, weil diese im Innovationsprozess der Technik bereits gefällt wurden und nun als Automatismen in die Technik – und gleichermaßen die Benutzenden – eingeschrieben sind, um so den Gebrauch ebenso zu erleichtern wie auch zu normieren. In diesem Sinne werden Technologien allgemein ambivalent bewertet. Zum einen schränken sie die Entscheidungsautonomie ein, und zum anderen eröffnen sie auch stetig neue Handlungsmöglichkeiten. Da die Regulation durch den Rechtsstaat auf der demokratischen Selbstgesetzgebung gründen sollte, entsteht ein Konflikte zwischen den wissenschaftlich-technischen Innovationen, die über technisierte Automatismen in die Gesellschaft einfließen, und der rechtlich selbstauferlegten Steuerung der Technologiegesellschaft.

Die Reaktion auf diese Krise ist nach meiner Ansicht ein Ringen um Souveränität. Souveränität umfasst hierbei den im demokratischen Rechtsstaat unvermeidlichen Spannungsbogen von der Volkssouveränität, die in der Öffentlichkeit verankert ist, bis hin zur Souveränität des Rechts, die überhaupt erst Verbindlichkeit und das Gewaltmonopol des Staates erzeugt. Denn erst kraft der rechtlich institutionalisierten Verfahren erhält eine heterogene Öffentlichkeit als Souverän eine rechtlich verbindliche Stimme.<sup>14</sup> Dieser Bogen umschreibt eine Vielzahl von Arenen, in denen Souveränität angestrebt wird. Zum einen wird darum in konkreten Auseinandersetzungen gerungen, in denen um die öffentliche und rechtliche Anerkennung der eigenen Erfahrungen und Bedürfnisse gestritten wird. Charakteristisch sind hierfür die Argumente der Frauenbewegung gegen unterschiedliche Formen struktureller Unterdrückung.<sup>15</sup> Aber auch die zwischenstaatlichen Rechtsstreitigkeiten zur Regulation von gentechnisch veränderten Lebensmitteln vor der Welthandelsorganisation (WTO), die insbesondere zwischen der EU und den USA geführt werden, lassen sich als Kämpfe um die epistemische Anerkennung von Argumenten lesen, die beachtet werden sollen, obschon sie bislang naturwissenschaftlich nicht belegbar sind.<sup>16</sup> Diese Konfrontationen drehen sich darum, dass Rechtsansprüche oder deren spezifische Interpretationen anerkannt werden sollen. Im Rahmen bereits geltender Rechtsnormen werden solche Kämpfe um die Anerkennung von Rechtsansprüchen

---

<sup>13</sup> Stehr (2003: 75).

<sup>14</sup> Zu den rechtsförmigen Voraussetzungen für die Volkssouveränität siehe Habermas (1992: 209). Vgl. dazu auch die Aufsatzsammlung von Wingert & Günther (2001) sowie Kohler (1999).

<sup>15</sup> Eine kritische Diskussion bietet Benhabib et al. (1993).

<sup>16</sup> Siehe dazu Millstone et al. (1999).

in Verhandlungen über die Erfahrungen, Praktiken und Wissensbestände geführt, denen überhaupt eine rechtfertigende Kraft zuerkannt werden kann. Die normativen Kontroversen sind zugleich epistemische Konfrontationen darüber, welche Erfahrungen und Einsichten die rechtserheblichen Sachverhalte angemessen festlegen. Zum anderen keimt auch in der politischen Theorie eine Auseinandersetzung darüber auf, welche rechtsstaatlichen Verfahren für die einvernehmliche Auflösung von solchen Ansprüchen legitim sind.<sup>17</sup> Sobald die lebensweltlichen Wissensbestände geschwächt werden und diese Erfahrungen nicht mehr selbstverständlich in staatliche Entscheidungen einfließen können, muss gerechtfertigt werden, warum bestimmte Argumente und die dazu gehörigen Wissensbestände als rechtserheblich gelten sollen, während anderen dieser Status – zumindest in der Praxis – aberkannt wird.

Die Krise des Rechtsstaates umfasst die praktischen Kontroversen ebenso wie die theoretischen Empfehlungen, wie diese Ansprüche auf einen rechtserheblichen Status unparteiisch aufzulösen seien. Die Diagnose, die eine Krise des Rechtsstaates aufgrund des Symptoms kontingent gewordener Maßstäbe der Rechtswendung feststellt, führt zu einem Konkurrenzkampf der vorgebrachten Therapien für die rechtsstaatlichen Pathologien. Hinter diesen Empfehlungen verbergen sich unterschiedliche Gesellschaftsmodelle und divergierende Utopien gerechter Gesellschaften. Die Diagnose der Krise und des rechtsstaatlichen Defizits setzt ein idealtypisches Verständnis des Rechtsstaates voraus, das sowohl Ausgangspunkt der Kritik ist, wie auch das Ziel darstellt, das mit den neu gestalteten Verfahren erreicht werden soll. Die Diagnosen der Krisen sind daher ebenso vielfältig wie die Empfehlungen, wie diese überwunden werden sollten. Welche missachteten Ansprüche zum empirischen Befund der Krise führen und welche rechtsstaatlichen Defizite zu beheben sind, ist folglich vom Gesellschaftsmodell und vom rechtsstaatlichen Ideal abhängig. Irrig wäre daher, aus der Vielfalt der Diagnosen die empirisch richtige aussondern zu wollen, um so zur folgerichtigen Empfehlung zu gelangen. Denn ersten ist das Krisenphänomen zu vielschichtig, als dass bloß eine einzige Diagnose stimmig sein könnte; und zweitens bleibt der empirische Befund einer Krise an normative Ideale gebunden.

---

<sup>17</sup> Eine aufschlussreiche Debatte um die Bedeutung von Anerkennung in der politischen Theorie wird zwischen Axel Honneth und Nancy Fraser geführt; siehe Fraser & Honneth (2003). Die Debatte schließt an die kommunitaristische Debatte an, deren Gegenstand der Anspruch auf kulturelle Eigenständigkeit ist; siehe dazu die Aufsatzsammlung in Gutman (1997).

Ich werde mich im Folgenden von den normativen Idealen leiten lassen, die in Habermas' Theorien von der Gesellschaft und dem Rechtsstaat formuliert werden. Demzufolge äußert sich die Krise des Rechtsstaates darin, dass die liberale Tradition der Selbstgesetzgebung der Rechtsgemeinschaft gefährdet ist, da – insbesondere durch die Regulation von Technologien – die von Sachverständigen getroffenen Entscheidungen nicht mehr in demokratischen Foren ausgehandelt und gerechtfertigt werden. Die politische Theorie hat dementsprechend zu klären, welche Form der Beteiligung für diese Art der Entscheidungen rechtsförmig zu institutionalisieren ist.

### 1.1.1.2 Normative und epistemische Herausforderungen

Habermas glaubt die Ursache für die Krise des Rechtsstaates in der Schwächung lebensweltlicher Kommunikationen gefunden zu haben. Er schlägt daher vor, die Krise zu überwinden, indem die Kommunikation zwischen den Organen des Rechts und der Zivilgesellschaft intensiviert wird.<sup>18</sup> Gestützt auf ein prozeduralistisches Rechtsverständnis sollen die Bürgerinnen und Bürger Einblick in die Tätigkeiten von Verwaltungen erhalten und so in den Machtkreislauf eindringen, der durch eine entkoppelte Verwaltung monopolisiert wird.

Nach Habermas treten aufgrund öffentlicher Problematisierungen der Rechtswirklichkeit *normative* Kontroversen hervor.<sup>19</sup> Wie ich nachfolgend zeigen werde, teile ich Habermas' Diagnose weitgehend, doch mein Lösungsansatz zielt letztlich in eine andere Richtung: Ich möchte stärker als Habermas hervorheben, inwiefern diese Probleme der Verwaltung spezifisch *epistemisch* sind. Denn Situationsdeutungen sind unvermeidlich, wenn um die angemessene Präzisierung geltender Rechtsnormen gerungen wird und der rechtserhebliche Sachverhalt konkretisiert werden soll. Solche Kontroversen drehen sich um die Art und Weise, in der die rechtserheblichen Zusammenhänge in der Welt erschlossen werden, und darum, welche Maßstäbe wirkungsvollen Handelns unterstellt werden. Gewiss ist die Forderung, dass die Wahl der epistemischen Maßstäbe zu rechtfertigen sei, ein normativer Anspruch. Der Anspruch verlangt aber eigens, dass gerechtfertigt werde, wie die rechtserheblichen Sachverhalte im Rahmen geltender Gesetze bestimmt werden. Meine Ansicht

---

<sup>18</sup> Dazu Habermas (1992: 399-467).

<sup>19</sup> Habermas (1992: 433) meint: „In [...] zugespitzten Konfliktfällen behält der politische Gesetzgeber das letzte Wort“, und er führt die Unterscheidung „zwischen dem normalen und dem außerordentlichen Problemverarbeitungsmodus“ an, um darzulegen, dass die normativen Begründungen in der Öffentlichkeit die Obenhand gegenüber den Erwägungen der Behörden bewahren sollten.

ist, dass dieser spezifisch epistemische Aspekt berücksichtigt werden muss, wenn die Kriterien für die angemessenen rechtsstaatlichen Vollzugsverfahren formuliert werden. Diese Verfahren müssen Kontroversen auflösen, die nicht die Begründung der Normen selbst betreffen, da sie auf die Rechtfertigung der gewählten Grundlagen für die Normenanwendung abzielen.<sup>20</sup> Die Frage, auf welche Fälle eine geltende Norm anzuwenden sei, wird epistemisch durch den Verweis auf Tatsachen beantwortet. Entscheidend wird daher, welche Tatsachen als begründend angenommen werden.

Habermas' These, nach der sich die Expertenkulturen von den alltäglichen Erfahrungshorizonten abgespalten haben und sich die funktionale Elite zunehmend entkopple, wird dann als ein Problem der epistemischen Grundlagen des Rechtsstaates gedeutet. Dieses Problem wird bei der Regulation von kontroversen Technologien wie der Gentechnologie drängend. Mein Ziel ist es im Folgenden darzulegen, dass das rechtstheoretische Streben danach, die Souveränität zu erhalten, in diesen Fällen als ein Ringen um epistemische Souveränität gedeutet werden sollte.

Die Reichweite der These mutet möglicherweise beschränkt an, da die Kontroversen bei der Regulation der Gentechnologie als Ausnahmen mit geringem theoretischem Aussagewert betrachtet werden könnten. Obschon derlei Kontroversen den Auslöser zu meiner Fragestellung bilden, stellen die Auseinandersetzungen um die Gentechnologie nur bedingt einen Sonderfall dar. Denn an diesem Beispiel wird besonders deutlich, dass die Erarbeitung der epistemischen Grundlagen des Rechtsstaates, die von Sachverständigen bereitgestellt werden und auf die sich die Verwaltungstätigkeit stützt, rechtstheoretisch unzureichend begründet sind. Ich behaupte, dass bei der Regulierung der Gentechnologie ein rechtsstaatliches Defizit erkennbar wird, das die rechtsstaatliche Gestaltung von Technologiegesellschaften im Allgemeinen berührt. Aus diesem Grund gilt die Aufmerksamkeit gegenüber diesen Kontroversen nicht den spezifischen Interessen der Akteure, die versuchen, ihren Einfluss auf die Verwaltungsbehörden zu festigen. Nicht das Machtspiel der Akteure steht im Fokus des Interesses, sondern das rechtsstaatliche Defizit soll untersucht werden, das allenfalls illegitime Machtentfaltung möglich macht. Kurz: Das Erkenntnisinteresse richtet sich auf die Grundannahmen, mit denen die Selektion der epistemischen Grundlagen des Rechtsstaates institutionalisiert wird und die die Entkoppelung der Expertenkulturen ermöglichen.

---

<sup>20</sup>

Zu den Bedingungen angemessener Normenanwendung siehe Günther (1988).

### 1.1.2 Klärung der Fragestellung gegenüber soziologischen Einwänden

Gegen den Befund, dass sich die Expertenkulturen von den alltäglichen Erfahrungen abspalten, kann eingewendet werden, dass eine solche Behauptung aufgrund wissenschafts- und techniksoziologischer Befunde empirisch nicht haltbar sei. Das zentrale Symptom, das die Diagnose der Krise des Rechtsstaates stützt, wird auf diese Weise in Frage gestellt. Der empirisch feststellbare Anlass ginge der Habermasschen Kritik verloren, könnten die Fragestellung und das Erkenntnisinteresse gegenüber diesen Einwänden nicht präzisiert werden.

Erstens lässt sich einwenden, dass ein prüfender Blick auf die Verwendung von Expertisen und Gegenexpertisen gerade nicht die eindeutigen Grenzziehungen erfassen wird, die erwartet werden müssten, wenn die Träger von Expertenkulturen im Sinne einer Klasse oder einer klar umgrenzten sozialen Gruppe innerhalb moderner Gesellschaften betrachtet werden.<sup>21</sup> Expertise als Ressource in Kontroversen wird keinesfalls von einer spezifischen Gruppe monopolisiert, sondern steht allen politischen Akteuren mit unterschiedlichsten Interessenslagen gleichermaßen zur Verfügung.<sup>22</sup> Die Rede von der Entkoppelung der Expertenkulturen scheint aber vorauszusetzen, dass die Sachverständigen, die Träger dieser besonderen Kultur sind, als soziale Gruppe mit einheitlichen Interessen gegenüber der Gesellschaft identifizierbar bleiben. Lässt sich eine solche Gruppe nicht klar abgrenzen, dann kann niemandem sinnvoll ein Machtmissbrauch vorgeworfen werden. Die Maßnahmen, mit denen die Krise des Rechtsstaates überwunden werden sollen und die solch einem angeblichen Machtmissbrauch entgegengestellt werden, greifen unfreiwillig ins Leere.

Zweitens wird Technologien gerade mit der Rede von der Verdinglichung oder Versachlichung der Kommunikationsprozesse eine Macht zugeschrieben, die die Entwicklung von Gesellschaften eindeutig determiniere.<sup>23</sup> Doch dieser Determinismus

---

<sup>21</sup> In diesem Sinne sind Nowotny et al. (2001: 214-229) der Ansicht, dass Expertise sozial distribuiert sei.

<sup>22</sup> Die Sachverständigen dominieren nach Weingart keineswegs die politische Entscheidungsfindung. Seine „These lautet, dass der eingetretene grundlegende Wandel in der Demokratisierung des Expertenwissens zu sehen ist, das heißt in der zumindest im Prinzip gegebenen allgemeingültigen Zugänglichkeit und im faktischen Zugriff auf wissenschaftliche Expertise seitens aller Gruppen des politischen Spektrums, Regierung, Opposition und sozialer Bewegung.“ (Weingart, 2001: 131)

<sup>23</sup> Derartige Ansichten wurden beispielsweise von Herbert Marcuse, für den die Beherrschung der Natur die Beherrschung der Menschen implizierte, oder von Helmut Schelsky, der sich gegen eine Technokratisierung der Lebenswelt stellte, vorgebracht. Nico



ist bei genauerem Hinsehen nicht haltbar. Zwar geben Technologien mächtige Mittel zur Gestaltung von Gesellschaft und Umwelt zur Hand, doch deren Potential kann nur dann entfaltet werden, wenn es von den Akteuren in den jeweiligen Handlungskontexten eingebettet wird.<sup>24</sup> Mit anderen Worten können Technologien als sachtechnische Systeme<sup>25</sup>, d.h. die in Artefakten materialisierten Techniken,<sup>26</sup> die Handlungshorizonte der Akteure nicht abschließend begrenzen. So genannte Sachzwänge beschränken zwar den Handlungshorizont, aber dieser verändert sich durch die Handlungen und neu erworbenen Kompetenzen der Akteure stetig, so dass die bloße Technik den Horizont möglicher Handlungen nicht festlegt. Zudem lassen sich Technologien nicht anhand der zusammengeführten Artefakte abgrenzen, die die verfügbare Technik unabhängig von jeglichen Handlungszusammenhängen zusammenfasst. Die Beschreibung einer Technologie allein als sachtechnisches System ist deskriptiv lückenhaft, insofern die Anwendung von Technik praktisch erworbene Erfahrungen und soziale Organisation voraussetzt.<sup>27</sup> Daher ist eine solche Analyse auch epistemisch unzureichend, da das Wissen, das der Umgang mit Technologien erfordert, nicht auf die natur- und ingenieurwissenschaftlichen Kenntnisse begrenzt werden kann.<sup>28</sup> Schließlich ist sie auch normativ unzureichend, da die Vorschriften und Gewohnheiten bei der Anwendung von Technologien aus unterschiedlichen

---

Stehr (2003: 75) bemängelt meines Erachtens zurecht, dass für Schelsky und Marcuse „die Abhängigkeit der Effizienz von der Wissenschaftlichkeit, vom Wahrheitsgehalt oder der Realitätskonformität der Aussagen [...] paradoxerweise nicht Angriffsziel, sondern Voraussetzung ihrer Kritik“ bildet. Problematisch an einem solchen Determinismus ist daher, dass die Macht von Technologien im vornherein zugestanden wird, um sie dann zu beklagen.

<sup>24</sup> Siehe für eine Diskussion des technologischen Determinismus aus geschichtswissenschaftlicher Perspektive die Aufsatzsammlung von Smith & Marx (1994).

<sup>25</sup> Sachtechnische Systeme sind nur eine Teilaspekt von Technologien oder Technik. Dazu Ropohl (1991: 18): „Technik umfasst: [...] die Menge der nutzenorientierten, künstlichen, gegenständlichen Gebilde (Artefakte oder Sachsysteme) [, ...] die Menge menschlicher Handlungen und Einrichtungen, in denen Sachsysteme entstehen [, ...] die Menge menschlicher Handlungen, in denen Sachsysteme verwendet werden“.

<sup>26</sup> Darüber hinaus lässt sich der Technikbegriff nach Luhmann (2001: 370) auch unabhängig der materiellen Grundlagen als Automatismus fassen; denn der „Begriff der Technik soll sehr formal definiert sein als feste Koppelung von kausalen Elementen, gleichviel auf welcher materiellen Basis diese Koppelung beruht. Dieser Begriff schließt menschliches Verhalten ein, sofern es „automatisch“ abläuft und nicht durch Entscheidungen unterbrochen wird.“

<sup>27</sup> Welche Bedeutung einer Technologie zugeschrieben wird und wie sie sich in der Folge weiterentwickelt, hängt gemäss sozialkonstruktivistischer Ansätze davon ab, welche gesellschaftlich relevanten Gruppen die Technologie verwenden und weiterentwickeln. Dazu insbesondere Bijker & Pinch (1987).

<sup>28</sup> Hughes (1986) spricht von einem „seamless web“, das Wissensbestände und Praktiken aus zahlreichen Professionen zusammenhält und notwendig ist, damit eine Technologie überhaupt in eine Gesellschaft verankert werden kann. Irwin & Wynne (1996) wiederum zeigen die Unerlässlichkeit von so genanntem Laienwissen für die Anwendung technowissenschaftlicher Expertisen.

Praktiken einfließen.<sup>29</sup> Diese Praktiken werden nicht allein in den Kommunikations- und Interaktionsprozessen der Ingenieure und Sachverständigen gestaltet, sondern Bedeutungszuschreibungen entfalten sich überall dort, wo Technologien begegnen. Die Rede von der Verdinglichung von Kommunikationsprozessen scheint dann unangebracht. Sie spricht höchstens die zunehmende Bedeutung von technologischen Artefakten an, doch da deren Gebrauch notwendig an Kommunikation gebunden bleibt, wäre es falsch, eine Kluft zwischen Technologie und Kommunikation zu unterstellen.<sup>30</sup> Eine Krise des Rechtsstaates mit der angeblich determinierenden Macht von Technologien herbeireden zu wollen, erscheint aus der Sicht der Befunde der Techniksoziologie unhaltbar.

Diese beiden soziologisch fundierten Einwände anerkennen eine zunehmende wechselseitige Durchdringung von Politik, Rechtsstaat und Wissenschaft, die von Technologieentwicklungen begünstigt werden. Doch sie sehen darin kein gesellschaftspolitisches oder rechtstheoretisches Problem, solange die Kontrolle von Technologien nicht einseitig von bestimmten Gruppen monopolisiert wird. Die gegenseitige Durchdringung ist dann eine Entwicklung von modernen Gesellschaften, die zwar neue Herausforderungen mit sich bringt, und sie führt insbesondere dazu, dass Expertisen omnipräsent werden, wodurch sie eine beträchtliche gesellschaftliche Bedeutung erlangen.<sup>31</sup> Aber diese Bedeutung wird nicht mit einer Macht gleichgesetzt, die von einer identifizierbaren Gruppe ausgeht, die ihre eigenen gesellschaftspolitischen Interessen durchzusetzen vermag. Anstelle von einer Abspaltung der Expertenulturen oder einer Entkoppelung funktionaler Eliten müsste eher von deren Auflösung als klar identifizierbarer sozialer Gruppe gesprochen werden.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> Ropohl (1996: 234-256) weist in seiner Diskussion sozialphilosophischer Probleme im Umgang mit Technik in einem ideologischen und makrosoziologischen Sinn auf den gesellschaftstheoretischen und normativen Pluralismus hin, mit dem sich die Integration von Technik in die Gesellschaft konfrontiert sieht. Jasanoff (1990: 234-250) wiederum macht auf die vielschichtigen Aushandlungsprozesse und scheinbar zweitrangig Entscheidungen aufmerksam, bei denen Sachverständige nicht allein verlässliches Wissen anbieten, sondern die Kriterien für ‚gute‘ Wissenschaft mitformulieren, die bei der Beratung der Behörden zu beachten sind.

<sup>30</sup> Habermas' (1968) analytische Unterscheidung zwischen zweckrationalem instrumentellem Handeln und kommunikativem Handeln, die auch seine nachfolgenden Schriften durchzieht, sollte daher nicht reifiziert werden.

<sup>31</sup> Einen umfassenden Überblick über Literatur, die das Verhältnis zwischen wissenschaftlicher Expertise und politischer Entscheidungsprozesse behandelt, bieten Weingart (2001: 127-170) sowie Weingart (2003: 89-102).

<sup>32</sup> Vgl. dazu die These von der Privatisierung der (Natur-)Wissenschaft bei Ezrahi (1990: 237-290; insbesondere 277f.), gemäss welcher die Wissenschaften ihre übergreifende kulturelle Autorität verloren haben und daher nicht mehr die Standards für ‚rationales‘ Handeln schlechterdings vorgeben können. Sachverständige treten unter solchen Umstän-

Ebenso lösen sich die Grenzen von Technologien deskriptiv, epistemisch und normativ auf. Sie sind nicht mehr allein Produktionsmittel, die von ihren Eigentümern zusammen mit den produzierten Gütern beherrscht werden, sondern dringen in die materielle wie symbolische Infrastruktur der Gesellschaft ein.

Der dritte Einwand bringt eine systemtheoretische Sichtweise ins Spiel. Die Auflösung identifizierbarer sozialer Gruppen ist für systemtheoretisch argumentierende Soziologinnen und Soziologen unproblematisch, da sie gesellschaftliche Prozesse ohnehin nicht anhand von sozialen Gruppen erklären. Das Gesellschaftsmodell geht von ausdifferenzierten Gesellschaftsbereichen aus, so dass die Gesellschaft nicht durch soziale Gruppen sondern durch Handlungserwartungen gestaltet wird, die für differenzierte Bereiche maßgeblich sind. Wenn die Expertenkulturen als soziale Gruppen zerfließen, ist dies unproblematisch, solange die Handlungserwartungen im Wissenschaftssystem eindeutig bleiben und gegenüber den Erwartungen in anderen Systemen klar unterscheidbar bleiben. Sobald die Auflösung aber auch die funktionale Abgrenzung des Wissenschaftssystems untergräbt, wird die systemtheoretische Grundlage dieses Gesellschaftsmodells bedroht. Überdies verliert nach der systemtheoretischen Auffassung nicht nur die soziologische Deutung sondern die moderne Gesellschaft überhaupt ihre Orientierung, wenn die gesellschaftliche Problembewältigung nicht mehr den Aufgabenteilungen entlang funktionaler Grenzziehungen folgt. In diesem Sinne wird gerade die wechselseitige Durchdringung von Systemgrenzen als Pathologie (post-)moderner Gesellschaften analysiert, da die funktionale Differenzierung von Wissenschaft, Recht und Politik verwischt sowie Verantwortlichkeiten und Kompetenzen verschleiert werden.<sup>33</sup> Die soziale Distanz, die durch die funktionale Differenzierung gesellschaftlicher Systeme entsteht, ist dann eine notwendige Bedingung dafür, dass wissenschaftliche Expertise für die anderen Systeme kognitive Orientierungen anbieten kann.<sup>34</sup> Aus systemtheoretischer Warte ist die Abkoppelung funktionaler Eliten gerade kein Missstand, sondern bildet das

---

den nicht mehr als anerkannte Autoritäten auf, sondern werden als gleichsam private Meinungsträger wahrgenommen.

<sup>33</sup> Durch diese Entwicklung sehen manche besonders die Orientierungsfunktion der Wissenschaften in Gefahr. Vgl. beispielsweise Mittelstrass (2001). Die Annahme, dass die Funktion der Wissenschaften darin besteht, wahres Wissen zur Verfügung zu stellen, ist gemäss Weingart (2001: 78) eine notwendige Bedingung dafür, dass der wissenschaftliche Ethos und die Sonderstellung des Wissenschaftssystems begründet ist.

<sup>34</sup> In diesem Sinne schreibt Weingart (2001: 29): "Die zentrale Beobachtung besteht darin, dass die *Koppelungen* [zwischen Wissenschaft einerseits, Politik Wirtschaft und Medien andererseits] *enger werden* und dass es deshalb zu einer Verringerung bzw. zu einem partiellen *Verlust der sozialen Distanz der Wissenschaft* kommt."

Resultat einer ausdifferenzierten Gesellschaft.<sup>35</sup> Aus dieser Perspektive beruht die angebliche Krise des Rechtsstaates auf einer fehlgeleiteten Utopie, die die Grenzziehungen, die sich aus funktional begründeten Kompetenzverteilungen ergeben, mit der Forderung nach Legitimation immer wieder aufs Neue hinterfragen will.<sup>36</sup>

#### *1.1.2.1 Kommunikationsbedingungen und Machtentfaltung*

Habermas' Ansichten wie auch mein hier verfolgter Zugang sind gegenüber den eben genannten Einwänden auf zweierlei Arten abzugrenzen, die beide damit zusammenhängen, dass primär die unzureichenden Kommunikationsbedingungen und nicht die Machtentfaltung Gegenstand der Untersuchung sind.

Erstens bedingt die These von der Entkoppelung funktionaler Eliten im Rechtsstaat nicht, dass diese Eliten aus soziologischer Sicht eine Gruppe mit homogener Interessenslage bilden. Im Vordergrund steht weniger die Machtentfaltung dieser Eliten. Vielmehr wird die Besorgnis dadurch erweckt, dass die Maßstäbe der Rechtsanwendung, so Habermas, kontingent werden.<sup>37</sup> Welche Expertise heranzuziehen sei, um den rechtserheblichen Sachverhalt zu bestimmen, ist in den Rechtsnormen bestenfalls angedeutet. Die Kontingenz betrifft daher die Verkettung von Rechtfertigungen, die im Grunde durch die demokratische Genese des Rechts gesichert werden sollte und nunmehr bei der Auslese der relevanten Expertisen und Beurteilungsmaßstäbe abbricht. Wenn die Wahl der Maßstäbe nicht mehr demokratisch gerechtfertigt wird, dann sind diese Maßstäbe und die entsprechenden funktionalen Eliten von der Rechtfertigung des Rechts abgekoppelt. Ein solcher Bruch in der Legitimationskette bildet eine rechtstheoretische Herausforderung ganz unabhängig davon, ob er nun von einer sozialen Gruppe aktiv herbeigeführt wird oder nicht.

Ebenso wenig setzt die Habermassche These voraus, dass Technologien die gesellschaftliche Entwicklung eindeutig bestimmen. Im Gegenteil sind die Maßstäbe der Rechtsanwendung im Umgang mit Technologien gerade deshalb kontingent, weil diese für verschiedenste Beurteilungsperspektiven offen sind und in unterschiedlichen Handlungszusammenhängen verwendet werden können. Die Ursache für die Entkoppelung braucht daher weder in der verdinglichenden Kraft von Technologien noch in der sozialen Macht identifizierbarer Gruppen gesucht zu werden.

---

<sup>35</sup> Vgl. hierzu die Debatte zwischen Habermas, Luhmann und Teubner in Rosenfeld & Arato (1998).

<sup>36</sup> Luhmann (1998: 160) merkt dazu kritisch an: „The uncertainty of the future is the only real invariable of the discourse theory.“

Die Möglichkeit, die Entkoppelung funktionaler Eliten auf einen Machtmissbrauch zurückzuführen, der von einer bestimmbar sozialen Gruppe begangen wird, mag soziologisch bedeutsam sein. Rechtstheoretisch genügt es, den Bruch zu konstatieren, ohne dass Akteure und deren Motive hinter diesen Prozessen identifiziert werden können. Die Habermassche These erfordert nicht, dass irgendwelche Akteure oder technische Artefakte bezeichnet werden können, die die Entkoppelung vorantreiben. In diesem Punkt zeigt sich die Nähe der Diagnose von Habermas zur systemtheoretischen Analyse, die ebenfalls keiner identifizierbarer Akteure oder sozialer Gruppen bedarf. Die funktionale Differenzierung der Gesellschaft hebt soziale Systeme wie Wissenschaft, Recht oder Politik aber nicht soziale Gruppen voneinander ab.

Die zweite Abgrenzung, die daher notwendig wird, um den hier gewählten Zugang gegenüber derartigen soziologischen Befunden zu präzisieren, betrifft die Kommunikationstheorie der Gesellschaft, die für Habermas maßgeblich ist. Für ihn bilden Begründungen und Rechtfertigungen den harten Kern der Kommunikation zwischen den differenzierten Bereichen moderner Gesellschaften.<sup>38</sup> Habermas hält an der Möglichkeit fest, dass die Gründe für die gewählte Handlungsweise genannt werden können und kritisierbar sind. Wenn daher moderne Gesellschaften als ein Geflecht von Handlungen und sozialen Interaktionen verstanden werden und nicht etwa als ein Gefüge von Systemen oder sozialen Gruppen begriffen werden, dann ist entscheidend, ob Handlungen über begrenzte Handlungskontexte hinaus begründbar sind. Während Habermas an dieser Möglichkeit festhält, verneinen dies namentlich Systemtheoretiker wie Niklas Luhmann oder Günther Teubner.<sup>39</sup> Für Habermas verleihen gesellschaftliche Systeme unterscheidbaren Sorten von Gründen und entsprechenden Diskurstypen eine soziale Gestalt. Die funktional differenzierten Systeme sind daher nicht ein Letztes der Gesellschaftsanalyse. Vielmehr sind die verschiedenen Diskurstypen, die bei der Begründung von Tatsachen einerseits oder bei der Rechtfertigung von Normen andererseits manifestiert werden, an Diskursbedingungen gebunden, die in der Diskurstheorie dargelegt werden und Kriterien zur

---

<sup>37</sup> Habermas (1992: 518).

<sup>38</sup> Siehe die programmatischen Grundlegungen der Diskursethik in Habermas (1983) und (1991a).

<sup>39</sup> Siehe die Beiträge von Luhmann und Teubner in Rosenfeld & Arato (1998).

Verfügung stellen, mit denen gesellschaftliche Entwicklungen und insbesondere die Institutionalisierung von Diskursen beurteilt werden sollen.<sup>40</sup>

Mit diesen Anmerkungen sollten das Erkenntnisinteresse und der methodische Zugang, die Habermas bei seiner Diagnose der Herausforderungen der modernen Verwaltung in *Faktizität und Geltung* zu Grunde legt, ausreichend beschrieben sein. Die Rede von der Krise des Rechtsstaates und der Abkoppelung der Expertenkulturen formuliert eine Kritik an der mangelhaften rechtsstaatlichen Institutionalisierung der Foren, in denen die Maßstäbe, nach denen das Recht angewendet wird, gerechtfertigt werden. Da meine Argumentation auf der Diagnose von Habermas aufbaut, wird diese anschließend eingehender dargestellt. Die Rechtsfortbildung durch die Verwaltung und die „sekundäre Naturwüchsigkeit“<sup>41</sup> sollen hierbei besondere Aufmerksamkeit erhalten.

#### *1.1.2.2 Epistemische Souveränität und dreistufige Analyse der behördlichen Ohnmacht*

Mit der Erläuterung der Argumente Habermas' zur Krise des Rechtsstaates, verfolge ich die Absicht, diese Krise anhand des Fehlens rechtsstaatlicher Mittel zu erklären, mit denen kontingente Maßstäbe in legitimierte Maßstäbe überführt werden könnten. Anstatt im Rahmen der Analyse beim Befund einer illegitimen Machtentfaltung stehen zu bleiben, möchte ich die Habermassche These erweitern und zeigen, inwiefern die Krise durch die Ohnmacht der Verwaltung verursacht wird, ihre Entscheidungen darüber, welche Sachverhalte als rechtserheblich zu betrachten seien, angemessen zu rechtfertigen. Sobald die Verselbständigung der Verwaltung auf deren Ohnmacht – und nicht auf deren Machtstreben – zurückgeführt wird, ergeben sich gänzlich andere Implikationen und Kriterien für die Angemessenheit institutioneller Neuerungen.

Die angebliche Machtkonzentration, die mit der Rede von der verselbständigten Verwaltung oder der Entkoppelung der Expertenkulturen angedeutet wird, entpuppt sich bei genauerem Hinsehen als Ohnmacht der Exekutive, ihren Entscheidungen über die legale Verbindlichkeit hinaus Legitimität zu verleihen. So stehen die

---

<sup>40</sup> Eingehend wird dieser Zusammenhang zwischen Diskurstypen und der Institutionalisierung von Entscheidungsverfahren in Habermas' Ausführungen zur Gewaltenteilung dargestellt (Habermas, 1992: 208-237).

<sup>41</sup> Habermas' Rede von der „sekundären Naturwüchsigkeit“ (1992: 519) erinnert an Douglas' Begriff der Naturalisierung. Gemäss Douglas (1991: 84, 106-112) stabilisieren Naturalisierungen Klassifikationen, die festlegen, welche Eigenschaften von Dingen oder auch Menschen für die Tätigkeiten im Rahmen einer Institution von Bedeutung sind.

behördlichen Entscheidungen unter andauerndem Legitimationsdruck, ohne dass die Erwartung erfüllt werden könnte, die Entscheidungen angemessen zu legitimieren. Zwar sind die Behörden bei der Regulation von Technologien durch zahlreiche Delegationsnormen legal befugt, die Rechtsnormen im Vollzug zu präzisieren. Doch diese legale Kompetenz bleibt ohne legitimierende Bindung an die Bürgerinnen und Bürger, da die Instrumente fehlen, mit denen die erwartete Legitimierung der Entscheidungen eingelöst werden könnte. Zwar tragen öffentliche Erörterungen der Maßstäbe dazu bei, dass diese gesellschaftlich breiter verankert werden. Nichtsdestotrotz kolonialisieren die Expertisen in der Praxis solcher Aufklärungsarbeit die lebensweltlichen Erfahrungen und hemmen so gerade die demokratische Genese des Rechts, die auch von Einsichten aus alltäglichen Anwendungen von Technologien auszugehen hätte. Die Richtung der Verankerung – von den Sachverständigen in die Bevölkerung – verläuft einseitig, solange sich Wissensbestände außerhalb etablierter Expertisen nicht Anerkennung mittels rechtlich institutionalisierter Verfahren verschaffen können.<sup>42</sup> Die demokratische Genese der Rechtswirklichkeit ist unter solchen Umständen gefährdet. Dazu muss auch die Bestimmung der rechtserheblichen Sachverhalte in einem weiten Sinn demokratisch abgestützt sein. Aber dies kann nicht wiederum durch die Verfahren der Normenbegründung geleistet werden, sondern muss durch Verfahren gesichert werden, die epistemische Souveränität rechtsstaatlich institutionalisieren.

Was ich vorstellen werde, ist ein Beitrag zur politischen Theorie und keineswegs eine vollständige politische Theorie. Ich sehe die Aufgabe der politischen Theorie darin, die bestehende institutionelle Ordnung einer Gesellschaft zu untersuchen und Alternativen vorzuschlagen, die erlauben, den gesellschaftlichen Wandel auf demokratischen Grundlagen zu steuern. Die Krise des Rechtsstaates wird durch die fehlende Legitimation der Rechtswirklichkeit herbeigeführt, für die die kontingent gewordenen Maßstäbe der Rechtsanwendung symptomatisch sind. Dies führt dazu, dass das Recht seine Souveränität verliert, wenn die behördlichen Entscheidungen aus der Sicht der Adressaten beliebig erscheinen. Hierbei handelt es sich nicht schon um Willkür, bei der eine Behörde offenkundig und ohne Begründung gegen die beste-

---

<sup>42</sup> Zwischen rechtsförmig demokratischer und wissenschaftlich belehrender Gestaltung der Gesellschaft besteht ein Antagonismus, der die Souveränität des Volkes die eigene Gesellschaftsform selbst zu bestimmen in Frage stellt. Daher ist Foucault (1978: 94) der Ansicht, „dass die Normalisierungen durch die Disziplin immer mehr mit den Rechtssystemen der Souveränität kollidieren: je deutlicher die Unvereinbarkeit beider in Erscheinung tritt, umso notwendiger wird eine Art schlichtender Diskurs, ein Macht- und Wissenstyp, den die wissenschaftliche Sakralisierung neutral machen würde.“

hende Lehre und Praxis entscheidet.<sup>43</sup> In derartigen Fällen kann von allgemeingültigen Beurteilungskriterien ausgegangen werden, die in einem verbreiteten Rechtsverständnis verwurzelt sind. Beliebig sind die Maßstäbe eher deshalb, weil überhaupt kein allgemeines Rechtsverständnis vorliegt, so dass die Verwaltung ihre spezifische Auffassung der Rechtsmaterie in den Status eines allgemeingültigen Verständnisses erhebt. Solche rechtswirksamen Entscheidungen müssten im Rechtsstaat in offenen Verfahren gefällt werden, und die Aushandlungsprozesse sollten entsprechend institutionalisiert werden. Die institutionellen Anpassungen, die ich vorschlagen werde, betreffen deshalb die Entscheidungsverfahren der Verwaltungen namentlich bei der Regulation von Technologien. Insofern ist das Folgende ein rechtstheoretischer Beitrag zur politischen Theorie der Technologiegesellschaft, in dem ich insbesondere aufzeigen werde, welchen Bedingungen die Institutionalisierung epistemischer Souveränität im Rechtsstaat genügen muss.

In meiner Argumentation setze ich bereits als allgemeines rechtstheoretisches Verständnis voraus, dass das Recht unter denjenigen Bedingungen begründbar ist, die Habermas in seiner Diskurstheorie formuliert hat.<sup>44</sup> Allerdings werde ich im Verlaufe meiner Argumentation explizite Differenzen aufzeigen oder Ergänzungen vorschlagen, die mir notwendig erscheinen, um die demokratische Genese des Rechts so zu institutionalisieren, dass auch epistemische Souveränität gesichert ist. Leitend ist hierbei der Gedanke, dass nach Habermas' eigenen Kriterien nicht bloß die Rechtsnormen gerechtfertigt werden, sondern dass bei der Legitimierung von Recht die zu erwartende Rechtswirklichkeit akzeptiert wird.<sup>45</sup> Unter diesen Bedingungen wird rechtstheoretisch erheblich, durch welche Wissensbestände und Praktiken die Folgen beschrieben und prognostiziert werden. Da Technologien, wenn sie allein als sach-

---

<sup>43</sup> Der Rechtswissenschaftler Zeller (1989: 310) bestimmt Willkür mit Bezug auf eine bereits etablierte Praxis, die in Ausnahmefällen eine abweichende Auslegung erlaubt: „Bei der ausnahmsweisen Korrektur eines Auslegungsergebnisses (Rechtsmissbrauch usw.) lautet die (im einzelnen zu begründende) Überlegung dann – als Faustregel gefasst – in etwa: »Das kann doch einfach nicht rechtens sein!« oder auch etwa: »Also so doch wirklich nicht!«“. Hierbei ist wesentlich, dass eine solche rechtswissenschaftliche Bestimmung von Willkür auf eine bereits gefestigte Rechtsauffassung zurückgreifen kann.

<sup>44</sup> Siehe neben den Grundlegungen der Diskursethik in Habermas (1983) und (1991a) die rechtstheoretische Umsetzung des Diskursprinzips in Habermas (1992: 135-165), wo er eine diskurstheoretische Begründung der Grundrechte anstrebt und den Zusammenhang zwischen dem Diskursprinzip gleicher Teilhabe und der rechtsförmigen Ausgestaltung der demokratischen Genese des Rechts aufzeigt.

<sup>45</sup> Vgl. die Formulierung des Universalisierungsprinzips in Habermas (1983: 103), das auf die Folgen und Nebenwirkungen der Befolgung von Handlungsnormen verweist. Dieser Bezug zu den (vermuteten) Auswirkungen wird bei der Abfassung des Diskursprinzips in Habermas (1983: 103 sowie 1992: 138) und des Demokratieprinzips in Habermas (1992: 141-143) zwar nicht explizit wiederholt, er bleibt aber bestehen.



technische Systeme begriffen werden, weder deskriptiv, epistemisch noch normativ erschöpfend erfasst werden, genügt es nicht, die pragmatische Umsetzung der Rechtsnormen allein dem Verständnis der Rechtsmaterie zu überlassen, das sich unter den naturwissenschaftlich oder technisch geschulten Sachverständigen entwickelt hat. Deren Rechtsverständnis darf nach diskurstheoretischen Maßstäben nicht rechtsverbindlich werden, ohne dass es öffentlich legitimiert wurde, da ansonsten die Wahrnehmung der relevanten Zusammenhänge im Umgang mit Technologien andernfalls technokratisch dominiert wird.<sup>46</sup>

Die nachfolgende Diskussion von Habermas' Diagnose der Krise des Rechtsstaates zeigt, dass die These von der Entkoppelung der Expertenkulturen eng mit dem Vorwurf illegitimer Machtentfaltung zusammenhängt. Doch eine solche Analyse greift für die Rechtstheorie und die politische Theorie noch zu kurz, da sie weniger die Akteure und deren Strategien identifizieren will, von denen der Machtmissbrauch ausgeht. Vielmehr sollen die institutionellen Umstände aufgezeigt werden, die einen solchen Machtmissbrauch überhaupt möglich machen. Die befriedigende Diagnose der Krise des Rechtsstaates muss aus diesem Grunde methodisch drei unterscheidbare Fragestellungen beantworten: Zum einen muss deskriptiv festgestellt werden, wo sich Macht anstelle von Rechtfertigung durchsetzt. Dies ist die soziologische Antwort auf die Frage, wo denn allenfalls Machtmissbrauch vorliegt.<sup>47</sup> Allerdings ist noch nicht jeder angemahnte Machtmissbrauch schon ein tatsächlich ungerechtfertigter Machtmissbrauch. Deshalb muss zweitens gefragt werden, auf welcher Grundlage die geltend gemachten Ansprüche denn begründet werden. Dies sind normative und epistemologische Fragen. Hierbei findet gegenüber den konkreten soziologischen Befunden notwendigerweise eine Abstraktion statt. Denn es werden die Prinzipien und Grundlagen der Verfahren formuliert, nach denen Ansprüche eingelöst werden. Diese können nur gerechtfertigt werden, wenn die Prinzipien und Grundlagen überindividuelle Geltung beanspruchen können. Diese Geltung erhält zunächst durch soziale Rollen, systemische Erwartungen oder institutionell gefes-

---

<sup>46</sup> Zur Technokratiedebatte und dem Beitrag von Habermas zu dieser Auseinandersetzung siehe Weingart (2001: 136-139; 2003: 93-95).

<sup>47</sup> Soziale Bewegungen werden in der kritischen Theorie häufig als Indikatoren für Missachtung und Ungerechtigkeit herangezogen. Indes beanstandet Honneth – gegen sein Verständnis derartiger Argumente bei Nancy Fraser –, dass dann nur demjenigen Unrecht Aufmerksamkeit geschenkt werde, das von den Massenmedien wahrgenommen werde und so die Öffentlichkeit bereits erreicht habe. Mittels des Rückgriffs auf soziale Bewegungen können gemäss Honneth keine normativen Ziele gewonnen werden, da diese einer moralphilosophisch eigenständigen Begründung (in einer Moralphysikologie möglicher Missachtungserfahrungen) bedürfen. Fraser & Honneth (2003: 136-139; sowie Frasers Replik 242-256).

tigte Paradigmen eine faktische überindividuelle Gültigkeit. Da diese Grundlagen aber hinterfragbar sind, beruht – zumindest nach der diskurstheoretischen Auffassung der liberalen Tradition – die überindividuelle Geltung letztlich auf der Zustimmung von Personen und nicht auf sozialwissenschaftlichen Befunden. Deshalb müssen die dazu erforderlichen Verfahren und Foren institutionalisiert werden. So muss drittens erörtert werden, wie aufgrund dieser Prinzipien und mit Blick auf die feststellbaren Formen von Machtmissbrauch institutionelle Vorkehrungen geschaffen werden können, die derlei Missbrauch in Zukunft vermeiden werden. Diese Fragestellung verfolgt die politische Theorie. Diese drei Fragestellungen strukturieren die nun folgende Wiedergabe von Habermas' Analyse der Krise des Rechtsstaates. Seine eigene Analyse durchläuft in vergleichbarer Weise diese drei Schritte.<sup>48</sup>

Auch in meiner eigenen Argumentation bilden diese drei Fragen den methodischen Rahmen. Doch über Habermas hinausgehend möchte ich darlegen, dass es notwendig ist, epistemische Souveränität zu institutionalisieren. Denn darin besteht die Differenz zwischen Habermas' und meiner Empfehlung, die sich aus den Unterschieden im zweiten Schritt, namentlich bezüglich der epistemologischen Annahmen, ergeben und dadurch zu verschiedenen Konsequenzen für die Institutionen des modernen Rechtsstaates führen.

## *1.2 Anzeichen und Ursachen der Krise des Rechtsstaates*

Deutliches Anzeichen für die Krise des Rechtsstaates ist für Habermas, dass die Maßstäbe, nach denen die Verwaltung Recht anwendet, für Außenstehende beliebig erscheinen. Die tieferen Ursachen für die unzureichend legitimierte Rechtsfortbildung seitens der Verwaltung verortet er in der Ausdehnung des Zeithorizonts, innerhalb dessen die Folgen von staatlichen Maßnahmen beurteilt werden. Mit dieser Ausweitung des Horizonts hängt zusammen, dass sich die Grundlage für die Rechtfertigung von behördlichen Entscheidungen von der demokratischen Genese des Rechts wegbewegt und sich der Expertise von Sachverständigen zuwendet.

---

<sup>48</sup> Habermas (1992: 519) unterscheidet in seiner Analyse drei Schritte: die funktionalistisch geprägte, sozialwissenschaftliche Krisendiagnose, die Darlegung der rechtsstaatlichen Prinzipien in einem prozeduralistischen Rechtsparadigma und schließlich seine eigenen Vorschläge, wie das Projekt einer sich selbst organisierenden Rechtsgemeinschaft realisiert werden könnte.

Der Einfluss von Expertisen auf die behördlichen Entscheidungen ist sozialwissenschaftlich eingehend untersucht worden.<sup>49</sup> Sachverständige reduzieren die Rechtsmaterie auf eine begrenzte Natur der Sache, anhand derer sie ihre pragmatischen Empfehlungen und Effizienzkriterien begründen. Den Unübersichtlichkeiten, die durch den erweiterten Horizont unvermeidlich werden, wird dadurch entgegengewirkt, dass die wissenschaftliche Forschung und die Forschungspolitik die fassbaren und somit zu beachtenden Folgen mit ihrer Forschungsagenda umschreiben.<sup>50</sup> Die Forschung nimmt sich so der Unsicherheiten an, die an den Rändern der Handlungshorizonte auftauchen. Gleichwohl wird die Wahl, welche Unsicherheiten wissenschaftlich untersucht werden, nicht allein durch die öffentlich gesteuerte Problemwahl sondern mehr noch durch die methodische Machbarkeit bestimmt. In der Folge folgt die behördliche Tätigkeit Effizienzkriterien, die sich nicht mehr der öffentlichen Debatte stellen. Diese Zusammenhänge sollen nun anhand Habermas' eigenen Ausführungen dargestellt und normativ hinterfragt werden. Schließlich möchte ich aufzeigen, weshalb er für eine prozeduralistische Öffnung der Verwaltungstätigkeit eintritt, wie diese zu verstehen sei und warum letztendlich Habermas' Empfehlung unzureichend bleiben.

Habermas versteht die Krise des Rechtsstaates als Legitimationsproblem der Verwaltungstätigkeit und grenzt sich von Analysen ab, die die Krise als ineffizienten Vollzug von Steuerungsaufgaben durch die Verwaltung deuten. Die Herausforderung besteht nicht darin, die Effizienz zu steigern, sondern die Legitimität zu sichern; denn

im Kontingentwerden der Maßstäbe verrät sich die Entwurzelung des regulativen Rechts vom Boden legitimer Rechtssetzung. Denn solche Maßstäbe können sich nur auf jenen öffentlichen Foren herausbilden, wo lebensgeschichtliche Erfahrungen der Repression und Missachtung zu Wort kommen. In dem Maße, wie die institutionalisierte Meinungs- und Willensbildung den Kontakt mit einem ungezwungenen Prozess der Bedürfnisartikulation verliert, fehlen ihr Parameter, die sie nicht in eigener Regie erzeugen kann.<sup>51</sup>

Für Habermas ist der Umstand, dass die Wahl der Maßstäbe der Rechtsanwendung beliebig erscheint, ein deutliches Anzeichen für die Krise des Rechtsstaates. Deren Festsetzung mutet zufällig an, da sie weder notwendig aus der pragmatischen Vollzugssituation abgeleitet werden können noch aus einem breit abgestützten öf-

---

<sup>49</sup> Vgl. dazu die Untersuchungen von Jasanoff (1990) oder die Aufsatzsammlung von Martinsen (1997).

<sup>50</sup> Die wechselseitige Bedingtheit von Forschungsagenda und Regulationsprogrammen hat Gottweis (1998) am Beispiel der Gentechnologie aufgezeigt.

<sup>51</sup> Habermas (1992: 518f.). Zur Spannung zwischen Effizienz und Legitimität siehe auch Habermas (1992: 525, 531, 535).

fentlichen Rechtsverständnis hervorgehen. So fehlt die Verbindung mit den vielschichtigen Erfahrungen des Alltags. Diese können gegenüber den Verwaltungen kaum geltend gemacht werden, solange die Ausgestaltung der Rechtswirklichkeit durch die Verwaltungsbehörden selbständig vorgenommen wird. Unter diesen Umständen können die institutionalisierten Entscheidungsprozesse in den Verwaltungen nicht mehr durch alltägliche Erfahrungen korrigiert werden. Dies widerspricht dem Grundsatz öffentlich begründeter, demokratischer Genese des Rechts. Die Selbstgesetzgebung der Rechtsgemeinschaft in demokratischen Prozessen wird ersetzt durch die Selbstprogrammierung der Verwaltung, und die Rechtswirklichkeit wird nach Ermessen der Sachverständigen gestaltet. So werden die Möglichkeiten beschränkt, die Rechtswirklichkeit gestützt auf eine Kritik der Genese des Rechts umzugestalten. Denn gemeinhin wird die Änderung der Rechtspraxis dadurch ausgelöst, dass erfolgreich geltend gemacht werden kann, berechnete Anliegen seien bisher unterdrückt und missachtet worden. Wenn die Artikulation solcher Erfahrungen und Bedürfnisse die Verwaltungsentscheide nicht mehr erreicht, dann werden entsprechende Korrekturen behindert, und die Rechtspraxis verliert den legitimierenden Bezug zur Lebenswelt. Die Folge ist die mangelhafte Legitimation der Rechtswirklichkeit.

Im Kern kritisiert Habermas, dass die Kriterien, nach denen die Folgen behördlicher Maßnahmen bewertet werden, nicht aus einem demokratischen Aushandlungsprozess hervorgehen. Dem regulativen Recht wird so der Boden entzogen, den es zur Ausgestaltung einer legitimen Rechtswirklichkeit benötigte. Legitimes Recht setzt nach der Diskurstheorie voraus, dass die Bürgerinnen und Bürger (und im Idealfall alle möglicherweise Betroffenen), die Folgen und Nebenwirkungen akzeptieren können, die sich aus der Umsetzung einer Rechtsnorm ergeben.<sup>52</sup> Habermas' Nachweis einer Krise des Rechtsstaates beruht auf der Einsicht, dass die Beurteilung der Folgen nicht mehr durch die betroffene Öffentlichkeit sondern durch ausgewählte Sachverständige erfolgt. Folglich ist die Bedingung für legitimes Recht nicht mehr erfüllt, da die Rechtswirklichkeit und nicht bloß die abstrakten Normen zu beurteilen sind.

---

<sup>52</sup> Habermas leitet das einschlägige Universalisierungsprinzip ‚U‘ aus allgemeinen Diskursregeln ab und definiert das Prinzip wie folgt: „Aus den genannten Diskursregeln [d.h. kein Ausschluss von Teilnehmenden und Problematisierungen von Behauptungen sowie Zwanglosigkeit] ergibt sich nämlich, dass eine strittige Norm unter den Teilnehmern eines praktischen Diskurses Zustimmung nur finden kann, wenn >U< gilt, d.h. wenn die Folgen und Nebenwirkungen, die sich aus einer *allgemeinen* Befolgung der strittigen Norm für die Befriedigung der Interessen eines *jeden Einzelnen* voraussichtlich ergeben, von allen *zwanglos* akzeptiert werden können.“ Habermas (1983: 103).

Habermas empfiehlt daher, diese Beurteilung wieder mehr ins öffentliche Bewusstsein zu rücken.

### *1.2.1.1 Diskurstheoretisches Paradoxon bei der Regulation von Technologien*

Bevor ich deutlicher auseinandersetze, wie Habermas diese Empfehlung begründet, möchte ich darauf hinweisen, inwiefern die Habermassche Diagnose der Krise seine eigenen diskurstheoretischen Grundlagen vor Probleme stellt. Auf diese Weise möchte ich die Schwachstelle der Habermasschen Lösung schon einmal ins Blickfeld rücken.

Nach diskurstheoretischen Kriterien soll die voraussehbare Rechtswirklichkeit beurteilt werden. Die demokratisch abgestützte Steuerung von Technologien im Sinne der Diskurstheorie stößt hier an eine Grenze. Denn die zu erwartende Rechtswirklichkeit soll anhand der prognostizierbaren Folgen beurteilt und nicht allein als ein Gefüge aus Rechten und Pflichten durchgedacht werden, denen aufgrund tradierter Werte zu folgen richtig erscheint. Da Technologien Handlungszusammenhänge umgestalten, verändern sie tradierte Erwartungshaltungen gegenüber Akteuren wie auch die Realitätsunterstellungen hinsichtlich der Handlungsfolgen. Wenn die Folgen zukünftiger Anwendungen von Technologien bedacht werden, dann scheinen tradierte Handlungsmuster als Modell für die Prognose unzulänglich, da sie ja selbst dem Wandel unterworfen sind, den sie voraussehbar machen müssten. Gerade die Gefahr eines ungezügelten Wandels, der vermieden werden soll, führt zum Ruf nach Regulation.

Folgendes Paradoxon muss also aufgelöst werden: Rechtsnormen sollen positiv bewertete Handlungserwartungen schützen, die in der Lebenswelt der Bürgerinnen und Bürger verbreitet sind. Manche Technologien oder deren spezifische Anwendungen werden als Gefahr für diese tradierten Handlungsmuster betrachtet und sollen aus diesem Grunde reguliert werden. Die Folgen der Regulation sind diskurstheoretisch maßgeblich für die Beurteilung der ausgearbeiteten Rechtsnormen. Wie sich eine Technologie auswirken wird, könnte allerdings gestützt auf tradierte Handlungsmuster nur dann vorausgesehen werden, wenn letztere stabil blieben. Gerade dies wird aber verneint, wenn die Regulation einer Technologie gefordert wird. Ergo können diese lebensweltlich verankerten Handlungsmuster nicht gleichzeitig als bedrohtes Schutzgut und als stabile Bewertungsgrundlage gelten. Sobald Technologien zugunsten bedrohter Handlungsmuster reguliert werden, ist deren epistemischer Wert für Prognosen in Frage gestellt. Letztlich wird das lebensweltlich verbreitete Wissen um Handlungserwartungen und Handlungsfolgen nicht mehr als

Wissen wahrgenommen sondern als positiv bewertete Weltanschauung verstanden. In alltäglichen Interaktionen verankertes Wissen verliert so den Status relevanten Wissens. Der Ausgangspunkt der Regulation, dass die tradierten Handlungsmuster zu schützen seien, weil sie das Wissen inkorporieren, das positiv bewertete lebensweltliche Interaktionen trägt, wird so unterhöhlt. Über Habermas' eigene Analyse hinausgehend, ergibt sich folgender vorläufiger Schluss: Die Rechtfertigung der Regulation, die zum Schutz von Handlungszusammenhängen vorgenommen wird, untergräbt den Wert der epistemischen Erwartungen, die diese Handlungen tragen, wenn allein wissenschaftlich verlässliches Wissen für die Abschätzung der Folgen von Technologieentwicklungen herangezogen wird.

Sowohl bei der Begründung der Rechtsnormen wie auch bei der Rechtsanwendung werden die Erfahrungen der Verwaltung und das Fachwissen der Sachverständigen maßgeblich, um die Folgen und Nebenwirkungen des Rechts zu beurteilen. Wenn die Bewertungskriterien für die Folgen von Rechtsanwendungen nicht mehr von den Bürgerinnen und Bürgern stammen, sondern von den Behörden vorgegeben werden, dann ist die Rechtswirklichkeit nach diskurstheoretischen Maßstäben unzureichend legitimiert. Denn die fachgebundene Perspektive der Sachverständigen schränkt den Blick auf die relevanten Folgen notwendigerweise ein und bestimmt, anhand welcher Effizienzkriterien die Rechtswirklichkeit beurteilt wird. Solchermaßen klar definierte Kriterien gehen auf Kosten der Legitimität der Maßstäbe der Rechtsanwendung.

#### *1.2.1.2 Sekundäre Naturwüchsigkeiten und blockierte Dialektik*

Die Spannung zwischen Faktizität und Geltung, die die demokratische Genese des Rechts gemeinhin durchzieht, taucht bei der Verwaltungstätigkeit als Gegensatz zwischen Effizienz und Legitimität wieder auf. Die Dialektik zwischen dem Geltungsanspruch des Rechts und der faktischen Rechtswirklichkeit kann aber nur in Gang kommen, wenn die Faktizität mit der Frage nach der legitimen Geltung konfrontiert werden kann.

Diese Wechselbeziehung ist indes bei der Verwaltungstätigkeit nur unzulänglich gesichert, und so fährt Habermas im bereits zitierten Gedankengang zur Kontingenz der Maßstäbe der Rechtsanwendung fort:

Dann [d.h. wenn die Maßstäbe kontingent erscheinen und die Entscheidungsgrundlagen der Behörden nicht aus einem demokratischen Prozess hervorgehen und naturalisiert werden] fällt die Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit in eine sekundäre Naturwüchsigkeit zurück; sie wird durch Kriterien gesteuert, die kontingent aus den Aushandlungsprozessen einer sich weitgehend selbst programmierenden Verwaltung hervorgehen. Staatliche Instanzen, die Rechte für die Erreichung kollektiver Ziele instrumentalisieren, verselbständigen sich im Konzert mit ihren mächtigs-

ten Klienten zu einer Verwaltung kollektiver Güter, ohne die Auswahl der Ziele selbst am Projekt der Verwirklichung unverfügbarer Rechte zu kontrollieren.<sup>53</sup>

Die Argumente, mit denen die Wirksamkeit von Vollzugsmaßnahmen begründet wird, bedienen sich der Überzeugungskraft sekundärer Naturwüchsigkeit. Diese beschreibt eine Eigenschaft von Argumentationsformen, bei denen verhüllt wird, dass die Bewertungskriterien Resultat einer kontingenten Festlegung sozial mächtiger Akteure sind. Die soziale Konstruktion der zu Grunde gelegten Zusammenhänge wird verschleiert, indem sie so dargestellt werden, als seien sie von der Natur der Sache – im Sinne einer primären Naturwüchsigkeit – vorgegeben. Solche Naturalisierungen blockieren die im Recht angelegte Dialektik, da sie die Maßnahmen mit der Notwendigkeit der vorgeblichen Natur der Sache und nicht mehr durch die Willensbildung einer Rechtsgemeinschaft begründen. Diese Willens- und Meinungsbildung wird durch eine wissenschaftliche Begründung der Natur der Sache ersetzt.

Typischerweise führen diese Umstände zu einem Expertenstreit um gesichertes Wissen in Abgrenzung von ungesichertem Wissen, das als Grundlage der effizienten Umsetzung der Rechtsnormen herangezogen wird. Der innerwissenschaftliche Expertenstreit um die Grenze zwischen gesichertem und ungesichertem Wissen und die Erörterung effizienter Umsetzungen verdrängen die Aushandlungsprozesse zwischen rechtlich beanspruchter und faktisch hergestellter Gleichheit. Die Rechtswirklichkeit wird an Effizienzkriterien gemessen und nicht anhand der normativen Vorgaben beurteilt. Durch diese Verlagerung werden die Maßstäbe der Rechtsanwendung kontingent: Sie beruhen auf sekundären Naturwüchsigkeiten, deren Status in den beschränkten Diskussionsforen der Sachverständigen selbstbezüglich beurteilt wird anstatt öffentlich erörtert zu werden. Sonach werden die zu ergreifenden Maßnahmen der Beurteilung von Sachverständigen in der Annahme überlassen, dass dieses Vorgehen durch die (sekundäre) Natur der Sache begründet sei.

Die Verwendung sekundärer Naturwüchsigkeit ermöglicht, dass die Aushandlungen in begrenzten Zirkeln durch Sachverständige erfolgen und die Verwaltung sich so selbst programmiert. Der Vollzug des Rechts schützt unter diesen Umständen nicht mehr die lebensweltlichen Handlungszusammenhänge sondern die Wertvor-

---

<sup>53</sup> Habermas (1992: 519). Ich werde im Folgenden anstelle von ‚sekundärer Naturwüchsigkeit‘ meist den einfacheren Begriff der ‚Naturalisierung‘ von Douglas (1991: 84, 106-112) verwenden. Auf diese Weise kann eine ontologisch oder epistemisch festgelegte Unterscheidung zwischen einer primären gegenüber einer sekundären Naturwüchsigkeit vermieden werden, die Gefahr läuft scheinbar primäre Naturwüchsigkeiten zu naturalisieren.

stellungen, die in den sekundären Naturwüchsigkeiten enthalten sind und durch diese verhüllt werden. Die Rechtswirklichkeit entsteht dann nicht allein durch die demokratische Genese des Rechts, sondern sie wird ebenso durch jene Akteure gestaltet, die als Sachverständige dank sekundärer Naturwüchsigkeiten ihre Vorstellungen über die maßgeblichen Werte und Handlungserwartungen in den Vollzug des Rechts hineintragen. Auf diese Weise gelingt es, das Projekt demokratischer Selbstgesetzgebung zu unterlaufen und die Rechtsanwendung den rechtsstaatlichen Kontrollmechanismen zu entziehen.

Effizienzüberlegungen im Vollzug verdrängen die Frage nach alternativen Umsetzungsformen, da die ganzen Erwägungen darauf beruhen, dass die gewählten Zusammenhänge gleichsam von Natur aus unter allen Umständen zu berücksichtigen seien. Solch sekundäre Naturwüchsigkeit ist nun nicht dadurch zu kritisieren, dass die Unterstellungen nicht wissenschaftlich verlässlich wären. Die angemahnte Kontingenz richtet sich nicht darauf, dass beispielsweise die unterstellten wissenschaftlichen Theorien nicht bewährt oder unzuverlässig seien. Aus diesem Grund ist der Kritik auch nicht mit mehr Forschung und mit vertieften Einsichten beizukommen. Denn Kontingenz bedeutet hier nicht, dass die Kriterien einfach eine zufällige Meinung im Gegensatz zu wissenschaftlich fundierten Einsichten darstellen. Kontingent ist vielmehr die Wahl des funktionalen Zusammenhangs, in dessen Rahmen Erfolg und Misserfolg bemessen sowie Verantwortlichkeiten und Kompetenzen spezifiziert werden. Derlei Bewertungen gründen in Selbstverständlichkeiten, die zunächst für (funktional) begrenzte Handlungszusammenhänge gelten. Die Selbstverständlichkeiten sind daher nicht schlechterdings wahr und daher in alle Handlungskontexte gleichermaßen übertragbar, sondern sie haben sich praktisch bewährt und sind innerhalb praktischer Handlungskontexte plausibel. In dem Moment, da der Vollzug nur noch mit einem eingeschränkten Blick auf die Folgen ausgehandelt wird, programmiert sich die Verwaltung selbst und entwickelt die Rechtswirklichkeit aufgrund ihrer eingeschränkten Praktiken und Selbstverständlichkeiten. Sie entkoppelt sich von einer breiteren Diskussion und sieht ihre eigenen Kriterien fortlaufend bestätigt, da sich ja der Blick immer auf dieselben Zusammenhänge und Erfolgskriterien richtet.

Allerdings erkenne ich im Phänomen einer sich selbst programmierenden Verwaltung eher deren Ohnmacht als deren Machtstreben, das Habermas mit der Rede von den „mächtigsten Klienten“ andeutet, so dass die „Tendenzen zur Verselbständi-



gung illegitimer Macht unverkennbar“ werden.<sup>54</sup> Denn gerade die Gefahr, dass die behördlichen Maßstäbe einer fortwährenden Kritik ausgesetzt werden, auf die nicht mit angemessenen rechtsstaatlichen Mitteln reagiert werden kann, führt meines Erachtens dazu, dass die Behörden vorsorglich mit sozial mächtigen Akteuren Allianzen eingehen. Die Behörden verfügen über keine Verfahren, mit denen sie ihre Maßstäbe ausreichend legitimieren könnten, so dass sie ihre Position nicht mehr mit Legitimation sichern können, sondern dadurch festigen, dass sie sich mit den sozial mächtigen Kreisen verbünden. Durch derlei Allianzen kann das Problem der funktionalen Entkoppelung der Eliten tatsächlich in eine Auseinandersetzung zwischen sozialen Gruppen oder Klassen münden.<sup>55</sup> Doch derartige Konflikte können nur dann auftauchen, wenn die mögliche Anfechtung der Kontingenz durch Allianzen sozialer Macht abgewendet werden muss, da die Kritik nicht durch rechtsstaatliche Verfahren aufgefangen werden kann. Die politische Theorie sollte daher nicht versuchen, die Machtstrukturen direkt aufzuheben, sondern darum bemüht sein, das rechtsstaatliche Vakuum, das die Ohnmacht der Behörden herbeiführt, durch angemessene Verfahren auszufüllen.

Ich gehe mit Habermas einig, dass die zunehmende Verselbständigung der Verwaltung nicht zwingend ist, sondern dass sie durch institutionelle Anpassungen des Rechtsstaates behoben werden können.<sup>56</sup> Diese sollten sekundäre Naturwüchsigkeiten der öffentlichen Kritik zugänglich machen und so die Dialektik, die die Gestaltung der Rechtswirklichkeit vorantreibt, neu in Gang setzen. Dazu müssen die institutionellen Möglichkeiten geschaffen werden, damit das Rechtsverständnis durch die Öffentlichkeit stetig reflektiert und allenfalls erneuert werden kann. Nach dieser Auffassung, mit der Habermas *Faktizität und Geltung* schließt, behält der Rechtsstaat seinen

dogmatischen Kern: die Idee der Autonomie, wonach Menschen nur in dem Maße als freie Subjekte handeln, wie sie genau den Gesetzen gehorchen, die sie sich gemäss ihrer intersubjektiv gewonnen Einsichten selber geben.<sup>57</sup>

Ebenso wie Habermas sehe ich darin den „Sinn des »Projekts« einer sich selbst organisierenden Rechtsgemeinschaft“<sup>58</sup>, die von der Freiheit der Personen ausgeht. Diese

---

<sup>54</sup> Habermas (1992: 519).

<sup>55</sup> Wie ich noch ausführlicher aufzeigen werde, handelt sich dann um ökonomische oder epistemische Statuszuschreibungen, die im Widerspruch zur rechtlichen Gleichheit sozial mächtigen Akteuren einen größeren Einfluss auf die Ausgestaltung der Rechtswirklichkeit erlauben. Vgl. hierzu auch Frasers Ausführungen zu Klasse und Status in kapitalistischen Gesellschaften in Fraser & Honneth (2003: 69-97).

<sup>56</sup> Siehe dazu Habermas (1992: 519 oder 524).

<sup>57</sup> Habermas (1992: 537).

Freiheit zu stärken, bedingt einerseits, dass die Autonomie der Handelnden weder durch sekundäre Naturwüchsigkeiten und vorgebliche Naturnotwendigkeiten noch durch überholte Sittlichkeitsvorstellungen eingeschränkt wird. Im Sinne des Projekts sollen die Personen von derlei ungerechtfertigten Beschränkungen befreit werden, da sie nur demjenigen Recht gehorchen sollen, das sie sich selbst auferlegen. Andererseits ist das Subjekt dieser Selbstgesetzgebung nicht eine einzelne Person sondern die Rechtsgemeinschaft. Daher sollen die Einsichten, die das Handeln leiten, intersubjektiv gewonnen werden. Dann stellt sich freilich die Frage, wie die Entscheidungsverfahren zu institutionalisieren sind und warum sich ein freies Individuum den Zwängen dieser Verfahren unterwerfen soll, mit denen Einsichten nicht nur intersubjektiv gewonnen sondern auch überindividuell für verbindlich erklärt werden. Die kollektive Selbstgesetzgebung bedarf der Verfahren zur Willens- und Meinungsbildung. So lautet die Herausforderung an die Rechtsgemeinschaft bei der Verwirklichung des Projekts, angemessene Verfahren zu finden, die der Entkoppelung der Expertenkulturen entgegenwirken.

Soweit ist der Problembereich umrissen, der durch das Kontingentwerden der Maßstäbe der Rechtsanwendung, deren Rechtfertigung mittels sekundärer Naturwüchsigkeiten und den Anforderungen an eine legitime Rechtswirklichkeit abgesteckt wird. Wie dieses Problem durch verbesserte institutionelle Maßnahmen zu beheben sei, ist damit aber bestenfalls angedeutet. Dazu wird anschließend bei der Erörterung der Rechtsfortbildung dargelegt, was den Ausschlag für diese Entwicklung gegeben haben könnte. Habermas legt in seiner Darstellung der empirischen Befunde nahe, dass die Ausdehnung des Zeithorizonts angesichts präventiver Maßnahmen des Staates zur problematischen Rechtsfortbildung durch die Verwaltung führt. Die Ausdehnung des Handlungshorizonts legt meines Erachtens gleichermaßen einen Pluralismus von Weltordnungen offen, so dass die Wirklichkeit, der sich der Staat mit der Ausgestaltung einer Rechtswirklichkeit anzunehmen hat, heute nicht mehr selbstredend durch die Wirtschaftsordnung vorgegeben wird. Sowohl in der öffentlichen Wahrnehmung als auch in der theoretischen Auseinandersetzung mit der behördlichen Entscheidungsmechanismen wird ein Unbehagen deutlich, dass die gegenwärtigen Entscheidungsprozesse und die überkommenen staatlichen Institutionen, die sich am Erhalt der Wirtschaftsordnung orientieren, den Erwartungen gegenüber legitim entscheidenden Behörden nicht mehr genügen.

Habermas analysiert dieses Unbehagen hinsichtlich der illegitimen Machtentfaltung, die durch die Kooperationen entstehen, die die Verwaltung über ihre Grenzen hinaus eingeht. Diese Kooperation ist insofern stoßend, als sie soziale Statushierarchien bei der Ausgestaltung der Rechtswirklichkeit untermauert, was dem Grundgedanken gleicher Teilhabe an der demokratischen Genese des Rechts widerspricht. Diese Statushierarchien beruhen nicht auf Klassenhierarchien sondern auf epistemischen Rangordnungen, die sich aus der Selektion der maßgeblichen Handlungszusammenhänge ergeben. Diese Selektion wird nicht im Rahmen rechtsstaatlich organisierter und demokratischer Verfahren reflektiert, und Konflikte um die Rangordnung von Wissensbeständen können nicht durch rechtsförmige Verfahren aufgelöst werden.

Dieser Gegensatz wird im Hinblick auf die normativen und epistemologischen Unterstellungen zu untersuchen sein. Habermas betont den Gegensatz zwischen der Legitimation durch die demokratische Genese des Rechts einerseits und dem effizienten Vollzug des Rechts andererseits. Sekundäre Naturalisierungen und die angebliche Versachlichung der Verwaltungstätigkeit verhüllen gemäss seiner Darstellung normative Entscheidungen, die nicht in die Kompetenz der Verwaltung fallen. Die Paradigmen, mit denen rechtserhebliche Sachverhalte bestimmt und Vollzugsmaßnahmen begründet werden, unterliegen einer Wahl, die gerechtfertigt werden müsste. Die angebliche Versachlichung – gestützt auf sekundäre Naturalisierungen – schwächt die öffentliche Reflexion des Rechtsverständnisses, von dem sich die Behörden leiten lassen. Sobald aber das Rechtsverständnis der Verwaltung von demjenigen in der Öffentlichkeit abgeschnitten ist, versiegt eine unentbehrliche Quelle für die Legitimation der Rechtswirklichkeit.

Die Habermassche Argumentation schließt mit der Empfehlung, die Verwaltungstätigkeit gemäss einem prozeduralistischen Rechtsverständnis gegenüber der Reflexion zu öffnen. Dies führe insbesondere zu einer Neugestaltung der Gewaltenteilung zwischen Gesetzgebung und Verwaltung, die sich an unterschiedlichen Sorten von Gründen zu orientieren habe, die bei der Rechtfertigung von Ansprüchen verwendet werden. Doch wie sich zeigen wird, bleiben diese Empfehlungen unzureichend, da sie darauf abzielen, eine illegitime Machtentfaltung einzuschränken. Dagegen behaupte ich, dass diese nur dann in den Griff zu bekommen ist, wenn die Ohnmacht der Verwaltungen, ihre Maßstäbe nicht legitimieren zu können, dank angemessener institutioneller Maßnahmen beendet wird.

Die nachfolgende Auseinandersetzung mit Habermas' Diagnose der Krise des Rechtsstaates hat insgesamt zum Ziel, das Unrecht, das im Rahmen behördlicher Rechtsfortbildung begangen werden mag, klarer zu fassen. Wenn Gefühle der ungerechtfertigten Missachtung tatsächlich darauf zurückzuführen sind, dass die Naturalisierungen der Behörden bei der Rechtsanwendung andere Praktiken und Erfahrungen ausblenden, dann ist das angemahnte Unrecht epistemischer Art und unterscheidet sich somit von herkömmlichen ökonomischen oder sozialen Ungerechtigkeiten, bei denen der Zugang zu Gütern und Ressourcen ungerechtfertigterweise beschränkt wird. Zwar treten Statushierarchien in beiden Fällen an die Stelle von rechtlicher Gleichbehandlung, aber der beanspruchte Status unterscheidet sich maßgeblich dadurch, ob er auf ökonomischer Macht oder wissenschaftlicher Autorität beruht.

### *1.2.2 Rechtsfortbildung durch die Verwaltung*

Die Rechtsfortbildung außerhalb der Gesetzgebung ist dem Rechtsstaat nicht fremd. Gerade die Gerichte sehen sich mit Anwendungsfällen konfrontiert, die bei der demokratischen Begründung der Rechtsnormen nicht erwartet wurden. Die geltenden Rechtsnormen müssen unter solchen Umständen so ausgelegt werden, dass sie auf erstmalig auftretende Situationen anwendbar sind. Die Rechtsfortbildung schließt einen Lernprozess ein, bei dem der neuartige Anwendungsfall in das bisher geltende Recht aufgenommen wird.<sup>59</sup> Nun ist das Recht insofern konservativ, als legitime Neuerungen nur im Rahmen einer öffentlichen demokratischen Genese des Rechts erfolgen sollten. Soll die Rechtsfortbildung durch die Behörden Legitimität beanspruchen können, darf sie daher nicht eigenmächtig das Rechtsverständnis verändern. Bei der Rechtsfortbildung wird angestrebt, die geltenden Rechtsnormen und das bestehende Rechtsverständnis unverändert zu übernehmen und die neuartige

---

<sup>59</sup> In den Rechtswissenschaften (siehe bspw. Seiler, 2000: 206-235) wird zwischen vier Elementen der Auslegung unterschieden: Zunächst gilt es, den Wortlaut einer Gesetzesbestimmung zu erfassen (Wortlaut/grammatikalische Auslegung); dann muss diese in den systematischen Zusammenhang mit anderen Rechtsnormen gebracht werden (systematische Auslegung); unter Umständen muss der historische Hintergrund der Gesetzesbestimmung aufgezeigt werden (Materialien und historische Auslegung); und schließlich gilt es, den Sinn und Zweck der Gesetzesbestimmung zu fassen, um diese sinngemäß und ihm Rahmen der erlaubten Rechtsschöpfung an veränderte Verhältnisse anzupassen (teleologische Auslegung). Auslegung ist demnach ein teilweise kreativer Akt, der gleichzeitig an die Vorgaben des geltenden Rechts gebunden ist. Während Zippelius (1989, 141f.; 1994 291-293, 368f.) ausdrücklich am Gerechtigkeitsbezug der Auslegung festhält, klammert Zeller (1989: 310) die Frage nach der Gerechtigkeit aus der Auslegung aus.

Auslegung nur als Erweiterung des Rechts auf einen neuen Fall darzustellen, ohne dass das Rechtsverständnis selbst geändert wird.

Diese Absicht gerät in Schwierigkeiten, wenn das Recht nicht bloß als abstraktes Gebilde von Rechtsnormen begriffen wird, das schon vor aller Anwendung festgelegt ist, sondern als die vollzogene Rechtswirklichkeit erfasst wird. Dann ändern neuartige Entscheide der Behörden die Gestalt der Rechtswirklichkeit. Sie bringen eine zunächst begrenzte neue Rechtsauffassung mit sich, die das Rechtsverständnis allmählich verändern kann. In dieser Hinsicht bringen die Behörden durch den Vollzug selbst Neuerungen in die Gesellschaft ein, was die Spannung zwischen der rechtlichen Erneuerung durch die demokratische Genese und der Verbreitung wissenschaftlich-technischer Innovationen durch den Markt um eine weitere Dimension erweitert. Die Behörden sind dann nicht mehr neutrale Mittler zwischen diesen beiden Polen gesellschaftlicher Innovation, sondern sie werden zu aktiven Mitgestaltern.

Die Untersuchung der Rechtsfortbildung bringt Entscheidungsspielräume ans Licht, die im Rahmen der Rechtsnormen und der abstrakt formulierten Gewaltenteilung zwischen Gesetzgebung, Justiz und Verwaltung nicht vorgesehen sind. Deshalb darf die Analyse der Rechtsfortbildung die konkreten Bedingungen der Justiz oder Verwaltung nicht aus den Augen verlieren. Dann treten auch gewichtige Unterschiede zwischen der Justiz und der Verwaltung hervor.

In der Justiz haben die Richter in konkreten Entscheidungen zwischen widerstreitenden Parteien Präzisierungen im Sinne des Gesetzgebers vorzunehmen. Ihre Entscheide sind zwar nicht direkt mit der demokratischen Willensbildung verbunden, da die Auslegung in der Hand der Richter liegt und im Sinne des richterlichen Rechtsverständnisses erfolgt. Mittelbar bleibt letzteres freilich durch die rechtswissenschaftliche und öffentliche Auseinandersetzung über umstrittene Entscheide an die Rechtsauffassungen gebunden, die in der Öffentlichkeit vorherrschen. Zudem können die betroffenen Parteien gegen die Auslegung von Richtern Rekurse einreichen und an höhere Instanzen appellieren. Diese verfahrensrechtlichen Absicherungen sollen gewährleisten, dass die Entscheidungen der Richter im Rahmen des allgemeinen Rechtsverständnisses bleiben.

Welche Voraussetzungen ein solches Rechtsverständnis erfüllen muss, wird in der politischen Theorie und der Rechtstheorie eingehend diskutiert. Ronald Dworkin etwa schließt die Lücke zwischen dem richterlichen Rechtsverständnis und der öf-

fentlichen Rechtsauffassung über seine Figur des idealtypischen Herkules-Richter.<sup>60</sup> Auf diese Weise verlagert er das Problem institutioneller Verfahren in die Integrationsfähigkeiten von Personen, die sowohl in der juristischen Lehre und Praxis als auch in ihrer Kultur verwurzelt sind. Rawls variiert diese Idee insofern, als er nicht die Person des Richters idealisiert, sondern ausgehend von der Idee des öffentlichen Vernunftgebrauchs seine Idealvorstellung des demokratischen Staatsbürgers entwirft.<sup>61</sup> Ähnlich wie Dworkin davon ausgeht, dass die Rechtsprinzipien gleichsam wie Spielregeln vorgegeben sind und durch philosophische und rechtswissenschaftliche Reflexion erschlossen werden können, nimmt Rawls an, dass die Feststellung der rechtserheblichen Sachverhalte durch den öffentlichen Vernunftgebrauch bestimmt ist. Die entsprechenden Prinzipien bleiben unverändert, während deren Anwendungsfälle erweitert werden. Habermas steht derlei Idealisierungen skeptisch gegenüber, da sie ein historisch kontingentes Rechtsverständnis festigen, das doch im Gegenteil der öffentlichen Kritik zugänglich bleiben sollte.<sup>62</sup> Solche Idealisierungen können die erforderlichen rechtsförmigen Verfahren nicht ersetzen, mit denen die kontingenten Maßstäbe der Rechtsanwendung gerechtfertigt werden müssten.

Wesentlich an der Kontrolle der Rechtsfortbildung durch die Gerichte ist erstens, dass die Entscheide zwischen Parteien mit konkreten Ansprüchen gefällt werden, die an bestehende Rechtsauffassungen erinnern. Zweitens verführt die Person des

---

<sup>60</sup> Dworkin entwickelt den idealen Herkules-Richters in einem philosophischen Gedankenexperiment, um gegen positivistische Rechtsvorstellungen die Notwendigkeit von allgemeinen Rechtsprinzipien stark zu machen: "Wir können daher gut daran tun, uns zu überlegen, wie ein philosophischer Richter in geeigneten Fällen Theorien dessen entwickeln könnte, was der Wille des Gesetzgebers und die Rechtsprinzipien erfordern. Wir werden feststellen, dass er diese Theorien auf dieselbe Weise konstruieren würde, auf die ein philosophischer Schiedsrichter den Charakter eines Spiels konstruieren würde. Ich habe zu diesem Zweck einen Juristen mit übermenschlicher Fertigkeit, Ausbildung, Geduld und Scharfsinn erfunden, den ich Herkules nennen werde." Dworkin (1984: 182-221; Zitat 182).

<sup>61</sup> Siehe dazu Rawls (1998: 316-321). Die Idealvorstellungen des öffentlichen Vernunftgebrauchs und des demokratischen Staatsbürgers haben unter anderem Auswirkungen auf die zulässigen Beweismittel in Rechtsstreitigkeiten, was Rawls (1998: 319) wie folgt erklärt: „Alle diese Beispiele [eingeschränkter Beweismittel] belegen, dass wir eine Pflicht anerkennen, etwas nicht im Licht der ganzen Wahrheit zu entscheiden, wenn wir nur so ein Recht achten oder ein ideelles Gut verwirklichen können. Sie zeigen warum es häufig ganz vernünftig ist, auf die ganze Wahrheit zu verzichten, und dies entspricht der Art und Weise, in der die vermeintliche Paradoxie des öffentlichen Vernunftgebrauchs [dass für die rechtsstaatlich maßgeblichen Wahrheiten nicht alle Wahrheiten berücksichtigt werden] aufgelöst wird.“ Die Fülle an Wahrheiten wird folglich bei der Feststellung der rechtserheblichen Sachverhalte einer Selektion unterzogen.

<sup>62</sup> Habermas (1996: 77) kritisiert an der erstarrten Konzeption von Rawls die mangelnde Lernfähigkeit: "Die Unparteilichkeit des Urteils würde im Urzustand nur dann garantiert sein, wenn die für dessen Konstruktion verwendeten normativen Grundbegriffe des politischen Bürgers, der fairen Kooperation und der wohlgeordneten Gesellschaft – und

Richters die Rechtstheorie dazu, Fragen nach den zu institutionalisierenden Kontrollverfahren beiseite zu schieben, indem differenzierte Funktionen und Kompetenzen in der Person überlagert werden.

### 1.2.2.1 *Typologien rechtserheblicher Sachverhalte*

Die Verwaltung trägt zur Rechtsfortbildung hauptsächlich dadurch bei, dass sie lernt, bestehende Regulationsnormen auf neuartige Fälle anzuwenden. In solchen Lernprozessen entwickelt sie die Typologien rechtserheblicher Sachverhalte weiter. Rechtserheblich sind diejenigen Sachverhalte, die in der juristischen Argumentation der Behörden ins Gewicht fallen, wenn ein rechtlicher Anspruch geltend gemacht wird. Sie bilden Typen von Sachverhalten aus, die wiederum kausale Zusammenhänge in der Realität oder automatisches Verhalten von Akteuren im Gegensatz zu absichtlichem geplantem Handeln unterstellen.<sup>63</sup> Diese Grundannahmen über die rechtserheblichen Eigenschaften von Situationen und Akteuren in Handlungszusammenhängen sind gemeint, wenn nachfolgend von Typologien rechtserheblicher Sachverhalte die Rede ist. Deren Festlegung wird rechtstheoretisch problematisch, sobald die Eigentums- und Besitzordnung der Wirtschaftsgesellschaft nicht mehr der einzige maßgebliche Handlungszusammenhang bleibt, den der Staat zu schützen hat.

Da die Rechtsfortbildung durch die Verwaltungen nicht in Rechtsstreitigkeiten zwischen Parteien fortschreitet, werden die konfligierenden Ansprüche und Begründungen weniger deutlich und überschaubar in einem rechtsförmig durchgestalteten Verfahren präsentiert. Vor Gericht werden konfligierende Interpretationen der rechtserheblichen Sachverhalte verhandelt und mit alltäglichen Erfahrungen verbunden, und so können die Typologien rechtserheblicher Sachverhalte immer wieder in Frage gestellt und allenfalls umgestaltet werden. Im Rahmen von Verwaltungsentscheidungen hat dagegen der Antragssteller bei Bewilligungsgesuchen meist eine Liste von Bedingungen zu erfüllen und naturwissenschaftliche Daten anzugeben, die durch das Regulationsrecht vorgegeben sind. Diese Liste gibt eine Typologie vor, die nicht

---

zwar in der Rawlsschen Lesart dieser Begriffe - revisionsfest wären gegenüber künftigen Erfahrungen und Lernprozessen." (77)

<sup>63</sup> Ezrahi (1990: 41-66) zeigt beispielsweise, dass der liberale Rechtsstaat darauf angewiesen ist, durch wissenschaftliche Normierungen Handlungsweisen zu rationalisieren und zurechnungsfähige Akteure zu idealisieren, um auf diese Weise Verantwortlichkeiten zuschreiben zu können. Diese Normalisierung der Akteure wird notwendig, damit diese überhaupt vom Staat regiert werden können. Dieses Phänomen wird auch unter dem Stichwort der *Gouvernementalität* diskutiert, das auf einen Vortrag Foucaults im Jahre 1978

verhandelt wird. Allenfalls wird über die Interpretation der Angaben gestritten. Aber auch dieser Streit ist weder im Verfahren vorgesehen, noch gibt es ein Forum wie im Gericht, das erlaubt, die rechtswissenschaftliche Interpretation an Alltagserfahrungen und konkrete Tatbestände zu binden. Mit anderen Worten bilden in der Anwendung von Regulationsnormen naturwissenschaftliche Befunde die maßgeblichen Wissensbestände, und die Typologie der rechtserheblichen Sachverhalte wird durch die Wissenschaft und nicht durch das Recht vorgegeben. In diesem Sinne setzen die Verwaltungsentscheide auf einen eindeutigen Stand der Wissenschaft und die Objektivität der Daten. Die Entscheidung über konfligierende Interpretationen wird in den Beratungen der Sachverständigen angestrebt. Aber eine rechtsförmig gestaltete Interpretation kann durch die konsultativen Expertengremien nicht geleistet werden. Denn es ist im Vergleich zu Gerichtsverfahren weit weniger klar, welche Betroffenen angehört werden sollten und welche Ansprüche von diesen selbst eingebracht werden können. An die Stelle von Parteien mit ihren konkreten Ansprüchen treten Dinge und Tatbestände, die durch Wissensbestände vertreten werden.<sup>64</sup> Die Auswahl dieser Wissensbestände bestimmt, welchen Sachverhalten Beachtung geschenkt wird. Aber diese Selektion kann weder durch die Parteien – da diese nicht klar sind – noch durch die stummen Sachverhalte selbst abschließend begründet werden kann. Ungeachtet dessen bestimmen diese Selektionen die Typologien und die Rechtswirklichkeit.

Habermas macht auf dieses „verfassungsrechtliche Regelungsdefizit der steuernden Verwaltung“<sup>65</sup> im Vergleich zu den Gerichten aufmerksam. Zwar anerkennt er, dass dank einer ausgebauten Verwaltungsgerichtsbarkeit die Möglichkeit besteht, die behördlichen Entscheide gerichtlich anzufechten. Doch weist er darauf hin, dass beim Vollzug regulativen Rechts allgemein gehaltene Rechtssetzungsprogramme effizient umgesetzt werden sollen. Der Maßstab der Rechtsanwendung wird dann nicht

---

zurückgeht. Siehe dazu die Aufsatzsammlung mit der Wiedergabe dieses Vortrags in Bröckling et al. (2000).

<sup>64</sup> Latour (2001) versucht diese unterschiedliche Art der Vertretung auszuarbeiten. Latours Grundidee besteht darin, dass die Gesellschaft nicht mehr als eine Rechtsgemeinschaft aus Bürgerinnen und Bürgern verstanden werden sollte, die die Natur instrumentalisierend nutzt, da diese Vorstellung von einem falsch verstandenen Kollektiv ausgeht. An die Stelle der bürgerlichen Versammlung sollte nach Latour das Kollektiv aus Menschen und nicht-menschlichen Wesen treten, das die Verstrickung der Menschen mit Technologien und der Natur wiedergibt. Erst eine solche epistemische wie politische Repräsentation gebe, so Latours Ausführungen, die Wirklichkeit heutiger Gesellschaften angemessen wieder. Diese an sich faszinierende Idee bleibt aber bei Latour bezüglich der institutionellen Umsetzung unklar und erscheint gegenüber den vorherrschenden Auffassungen des Rechtsstaates kaum anschlussfähig.

<sup>65</sup> Habermas (1992: 521).



durch den Einwand der Gegenpartei geklärt, sondern an den Effizienzerwägungen der Sachverständigen geeicht. Entsprechend wird der Vollzug nicht in einem Rechtsstreit geprüft, bei dem die Parteien die bisherigen Entscheide differenziert betrachten und zu ihrem Vorteil zu interpretieren suchen. Die Behörden streben vielmehr in ihrer Regulationspraxis an, eine Kontinuität innerhalb der Entscheide zu erzeugen, und betonen daher die Übereinstimmungen mit früheren Entscheiden. Diese Regulationspraxis wird durch die ausgewählten Sachverständigen und durch deren pragmatische Überlegungen gestaltet und ersetzt ein öffentlich verankertes Rechtsverständnis sowie daraus abgeleitete Rechtsprinzipien, dank derer der Ermessensspielraum im Anwendungsfall geschlossen werden kann.

Die Überlegungen und Effizienzerwägungen der Sachverständigen leiten den Vollzug und übernehmen die Funktion, die gemeinhin dem bestehenden Rechtsverständnis zukommt. Dessen Funktion besteht darin, die Interpretation des Rechts so zu leiten, dass die in den Rechtsnormen festgeschriebenen Handlungserwartungen in den konkreten Anwendungssituationen angemessen umgesetzt werden. Wenn Ermessensspielräume durch die Urteile der Sachverständigen und nicht gestützt auf ein breites, öffentlich verankertes Rechtsverständnis geschlossen werden, bleiben normative Aspekte des Behördenentscheids verschleiert. Anstelle des Rechtsverständnisses bestimmen Effizienzerwägungen die relevanten Zusammenhänge und somit auch die Typologien rechtserheblicher Sachverhalte. Sobald aber die Sachverständigen die Darstellung der Anwendungsfälle für das Recht übernehmen, können alternative Darstellungen unabhängig von den Sachverständigen kaum erfolgreich geltend gemacht werden. Das geltende Rechtsverständnis der Sachverständigen wird zum gültigen Maßstab der Rechtsanwendung, ohne dass es den Rückhalt im öffentlichen Rechtsverständnis sucht (und deshalb kontingent erscheint). Im Gegenteil kolonialisiert das Rechtsverständnis der Sachverständigen das Verständnis von Recht und Unrecht in der Lebenswelt. Die Selbstprogrammierung der Verwaltung verunmöglicht hier, dass ein Referenzpunkt außerhalb der behördlichen Logik verfügbar wird, auf deren Grundlage die Entscheidung beanstandet werden könnte und die Dialektik zwischen dem Geltungsanspruch des Rechts und der faktischen Rechtswirklichkeit in Gang gesetzt werden könnte. Diesbezüglich besteht ein Regulationsdefizit, das nicht durch behördeninterne Rekurse oder den Gang vor Verwaltungsgerichte aufgefangen werden kann. Bei der Rechtsfortbildung und der Ausgestaltung der Rechtswirklichkeit spielen das Rechtsverständnis und die Effizienzerwägungen der Verwaltung dieselbe Rolle. Sie schließen Ermessensspielräume, indem

sie die rechtserheblichen Sachverhalte eingrenzen und so eine Typologie der Tatbestände und Rechtsfolgen ausbilden.

Das Regelungsdefizit wird durch die Zunahme von Generalklauseln verstärkt, die den Behörden die Pflicht auferlegen, die Bevölkerung vor vielfältigen Gefahren zu schützen. Mittels Generalklauseln werden nicht konkrete Handlungstypen der Sanktion unterstellt, sondern bestimmte Güter (wie beispielsweise der Schutz der Gesundheit von Mensch und Umwelt)<sup>66</sup> sollen durch den Staat geschützt werden, die in verschiedensten Handlungszusammenhängen bedroht werden. Die vorsorgende Verwaltung beschränkt sich nicht mehr auf Ordnungsaufgaben in einer Wirtschaftsgesellschaft, bei der die Güter und Waren als Eigentum bestimmt werden.<sup>67</sup> In der Wirtschaftsgesellschaft hatte der Rechtsstaat allein für die notwendige Rechtssicherheit zu sorgen. Letztere verlangte, dass die Handlungserwartungen, die im funktionalen System des Marktes üblich sind, vom Staat gesichert werden, und die Typologie rechtserheblicher Sachverhalte wurde durch die Wirtschaftsgesellschaft vorgegeben. So stellt Habermas fest:

Auf diese Fälle war das allgemeine und abstrakte Gesetz, das typische Tatbestände in bestimmten Rechtsbegriffen präzisiert und mit eindeutig definierten Rechtsfolgen verknüpft, zugeschnitten.<sup>68</sup>

Die Gesetze sind allgemein, da sie ohne Ausnahme immer dann anzuwenden sind, wenn der typische Tatbestand vorliegt, und sie sind abstrakt, weil sie die Anwendungsfälle durch Begriffe umschreiben, die für den tatsächlichen Anwendungsfall konkretisiert werden müssen. Allgemeine und abstrakte Gesetze können daher nur dann unmissverständlich angewendet werden, wenn eine klare Rechtsauffassung darüber besteht, welches die typischen Anwendungsfälle sind. Unter diesen Voraussetzungen ist nachvollziehbar, warum die im Gesetz ebenfalls allgemein festgesetzte Rechtsfolge zu einer bestimmten Strafe führt. Die Typologie von Tatbeständen wird durch einen einzigen funktionalen Handlungszusammenhang bestimmt, wenn allein die Wirtschaftsordnung als maßgebliche Ordnung für die Rechtswirklichkeit betrachtet wird. Mit anderen Worten ist für die Wirtschaftsgesellschaft der funktionale

---

<sup>66</sup> So wird der Zweck des schweizerischen Umweltschutzgesetzes in Artikel 1 Absatz 1 wie folgt bestimmt: "Dieses Gesetz soll Menschen, Tiere und Pflanzen, ihre Lebensgemeinschaften und Lebensräume gegen schädliche oder lästige Einwirkungen schützen und die Fruchtbarkeit des Bodens erhalten."

<sup>67</sup> Der Komplexitätszuwachs der Gesellschaft führt zu einem ständigen Ausbau der Aufgaben, die der Staat übernehmen soll. Habermas unterscheidet den Rechtsstaat (Erhalt der Wirtschaftsordnung), den Sozialstaat (Sicherung sozialer Wohlfahrt) und den Präventionsstaat (Abwehr von technikinduzierten Gefahren) in seiner idealtypischen Periodisierung (1992: 524f.).

Rahmen, aus dem die Effizienzkriterien für angemessenes staatliches Handeln geschöpft werden, bereits vorgängig bestimmt. Wenn die rechtserheblichen Handlungszusammenhänge durch die Bedingungen freier Marktwirtschaft definiert werden, ist die Typologie der Rechtsfolgen und der rechtserheblichen Tatbestände hinlänglich festgelegt.

Unabhängig davon, ob diese Eindimensionalität historisch tatsächlich je so Bestand hatte, löst sich diese konditionale Verknüpfung von typischen Tatbeständen und eindeutig definierten Rechtsfolgen auf, sobald der Rechtsstaat nicht mehr bloß die wirtschaftliche Ordnung zu erhalten hat.<sup>69</sup> Sobald der Staat auch die Aufgaben sozialer Fürsorge und zukunftsorientierter Vorsorge übernimmt, sieht sich die Verwaltungstätigkeit mit den ungleichartigen Anforderungen unterschiedlicher funktionaler Systeme konfrontiert. Die Wahl des funktionalen Zusammenhangs und der entsprechenden Effizienzkriterien wird dann begründungsbedürftig. Diesem Druck kann nicht ausgewichen werden, indem eine liberale Rechtsauffassung allein an die Wirtschaftsordnung gekoppelt wird. Da die liberale Tradition zunächst die autonome Handlungsfähigkeit der Individuen erhalten will, muss in Rechnung gestellt werden, dass diese Fähigkeit heute nicht mehr bloß auf die wirtschaftlichen Zusammenhänge beschränkt bleiben kann. Die Ausdehnung der Handlungszusammenhänge führt zu einem Pluralismus der Ordnungen, deren Schutz durch staatliche Maßnahmen angestrebt wird. Gleichzeitig macht dieser Pluralismus – der nicht mit einem ethischen Pluralismus identisch ist –<sup>70</sup> rechtsförmige Verfahren notwen-

---

<sup>68</sup> Habermas (1992: 519f.).

<sup>69</sup> Luhmann (1987: 227) beschreibt das Recht noch nach der konditionalisierten Form: „Die Grundform lautet: *wenn* bestimmte Bedingungen erfüllt sind (wenn ein im voraus definierter Tatbestand vorliegt), ist eine bestimmte Entscheidung zu treffen. In dieser besonderen Formung ist das Recht nicht mehr einfach berechnete Verhaltensanforderung und auch nicht mehr ethische Vorgabe eines guten Zieles, durch dessen Aktualisierung das Handeln sein Wesen und der Handelnde seine Tugend verwirklicht. Es bringt vielmehr Tatbestand und Rechtsfolge in einen erwartbaren Wenn/Dann-Zusammenhang, dessen Vollzug Prüfung und Selektion, also eine Entscheidungstätigkeit voraussetzt.“ Im Gegensatz zur Festlegung des Rechts in solchen Konditionalprogrammen fordern Finalprogramme, bei denen den Behörden nur noch Zwecke vorgegeben werden, gemäss Grimm (1991: 172f.) den modernen Rechtsstaat zunehmend heraus, da hier die Typologien rechtserheblicher Sachverhalte nicht klar umschrieben sind.

<sup>70</sup> Der Unterschied besteht darin, dass der ethische Pluralismus die Gesellschaft mit konfligierenden geltenden Normen konfrontiert, die unterschiedliche Handlungserwartungen rechtfertigen. Dagegen möchte ich mit dem Pluralismus der Ordnungen darauf hinweisen, dass die Gesellschaft mit unterschiedlichen Handlungszusammenhängen konfrontiert wird, in denen divergierende relevante Realitäten oder Kompetenzen der Akteure unterstellt werden. Der ethische Pluralismus verlangt normative Antworten, während der Pluralismus der Ordnungen ein epistemisches Problem stellt.

dig, die die Typologien rechtserheblicher Sachverhalte im breiten Rechtsverständnis verankern.

### *1.2.2.2 Ausweitung der Horizonte und Aushandlung der Rechtswirklichkeit*

Da der Rechtsstaat mit immer neuen Ansprüchen und Realitäten konfrontiert wird, müssen nicht nur Rechtsnormen entwickelt und angepasst werden, sondern ebenso müssen typische Tatbestände immer wieder neu erlernt werden. Da diese normalerweise aus einem bereits bestehenden Handlungszusammenhang bezogen werden, ist ausschlaggebend, welcher Zusammenhang als Ausgangspunkt für den Lernprozess gewählt wird. Dies stellt eine zu begründende Wahl dar. Das gesellschaftliche Lernen, das durch rechtliche Auseinandersetzungen in Gang kommt, kann sich nur schon darum nicht darauf beschränken, Wissen für die Gestaltung der Zukunft unreflektiert aus den Wissenschaften zu übernehmen, da dann die Entscheidung über die relevanten Zusammenhänge den Sachverständigen überlassen bleibt.

Mit Habermas teile ich die Diagnose, die namentlich von Ulrich Beck formuliert wurde,<sup>71</sup> dass sich die Zeithorizonte in der Risikogesellschaft ausgeweitet haben.<sup>72</sup> Die Wirksamkeit der Verwaltungstätigkeit wird zunehmend von der Fähigkeit der Sachverständigen abhängig, die Folgen von Regulationsprogrammen zu analysieren und richtig vorauszusehen. Diese Fähigkeit ist freilich immer begrenzt, und die Aussagekraft von Prognosen bleibt angesichts potentieller Gefährdungen mit kaum überschaubaren katastrophalen Auswirkungen vage. Tiefgreifender für die politische Theorie ist indes Habermas' Feststellung, dass durch die Voraussicht der Sachverständigen, zukünftige Handlungserwartungen festgeschrieben werden.<sup>73</sup> Diese werden nicht durch demokratische Prozesse stabilisiert, sondern durch wissenschaftliche Prognosen begründet. Dies führt zu zwei widersprüchlichen Überlagerungen: Zum einen ist staatliches Handeln nicht mehr demokratisch legitimiert, und zum anderen lassen sich wissenschaftliche Annahmen nicht mehr so einfach korrigieren, wenn weit in die Zukunft reichende staatliche Programme an wissenschaftli-

---

<sup>71</sup> Nach Beck (1986: 93-95) setzt die traditionelle Umweltpolitik am Ende des Produktionsprozesses bei der Anwendung und Vermarktung einer neu entwickelten Technologie ein. Dagegen erfordert die Risikoprävention neue institutionelle Strukturen, die eine frühzeitige Steuerung der Technologie- und Risikoentwicklung auf eine reflexive Weise ermöglichen (Beck, 1986: 254-299).

<sup>72</sup> Nowotny (1989: 53f.) spricht im Zusammenhang einer so erstreckten Gegenwart, die die Zukunft operationalisierbar machen soll, vom ambivalenten Wunsch, die Zukunft offen zu halten und gleichzeitig die Kontrolle über sie zu bewahren.

<sup>73</sup> Siehe Habermas (1992: 522f.).

che Prognosen geknüpft werden. Hier kehrt das oben ausgeführte Paradoxon wieder, dass die Regulation zwar die lebensweltlichen Handlungszusammenhänge schützt, gleichwohl aber den Wert der epistemischen Annahmen untergräbt, die diese Handlungen im Alltag tragen.

Zu dieser weiteren Schlussfolgerung lässt sich Habermas allerdings nicht bewegen, da er die Wissenssicherung gemeinhin in den Wissenschaften verortet.<sup>74</sup> Der Konflikt entsteht bei ihm zwischen der kognitiven Zukunftsgestaltung durch wissenschaftliche Prognosen und der demokratischen Normierung der herannahenden Herausforderungen; aber er sieht keinen Konflikt zwischen den Quellen für die epistemischen Grundlagen.<sup>75</sup> Die Wahl zwischen Handlungszusammenhängen versteht Habermas als eine Entscheidung zwischen systemisch vorgegebenen Handlungserwartungen. Dagegen entgeht ihm die Bedeutung der Typologien rechtserheblicher Zusammenhänge für die Rechtswirklichkeit. Habermas formuliert seine Thesen als Reaktion auf die Systemtheorie, indem er an der demokratischen Gestaltbarkeit der Gesellschaft festhält, und übernimmt dabei den systemtheoretischen Grundgedanken, dass Handlungszusammenhänge, die gesellschaftlich gewichtig sind, funktionale Systeme ausbilden, die über die unmittelbare interpersonale Interaktion hinausgehen. Systeme werden durch funktionalisierte Handlungserwartungen bestimmt und nicht anhand der ihnen typischen Realitätsunterstellungen. Gesellschaftlich relevante Entscheidungen zwischen Handlungszusammenhängen sind daher zwischen funktionalen Systemen zu treffen. Ergeben sich hierbei Konflikte will Habermas diese normativ auflösen, indem widerstreitende Erwartungen bezüglich angemessenen Verhaltens durch Rechtsnormen verbindlich geregelt werden. Was zu tun sei, bestimmen nicht mehr die unreflektierten Handlungserwartungen, die in Systemen integriert sind, sondern öffentlich begründete Rechtsnormen.

Diese Darstellung der normativen Rationalisierung durch Rechtsnormen erscheint stichhaltig. Meine Kritik an Habermas gilt seinem weitgehenden Schweigen darüber,

---

<sup>74</sup> Die Unterscheidung zwischen empirischen, instrumentell pragmatischen und kognitiven Rationalisierungen durch die Wissenschaften und den normativen Rationalisierungen mittels kommunikativer Vernunft findet sich schon in Habermas (1968). Diese Unterscheidung taucht aber auch in späteren Schriften auf: vgl. beispielsweise: Habermas (1992: 203-207).

<sup>75</sup> Konflikte entstehen zwischen der Aufgabe von wissenschaftlichen Sachverständigen, verlässliches Wissen anzubieten, und dem Entscheidungsdruck in der Politik oder der Regulation von Technologien. Der Beitrag der Expertise in der Politikberatung ist deshalb mit gewissen Irritationen verbunden, wenn Habermas (1999: 329) schreibt: „Zwischen der ungebundenen philosophischen Denkungsart und den Zwängen der Institutionalisierung einer solchen Expertenrolle bestehen offensichtlich kognitive Dissonanzen“. Diese Disso-

inwiefern auch die Annahmen über die rechtserheblichen Sachverhalte und die Kompetenzen der Akteure rationalisiert werden und welche Implikationen sich daraus für die Rechtstheorie und die politische Theorie ergeben. Habermas unterschätzt meines Erachtens die epistemische Rationalisierung der Öffentlichkeit durch das Recht, welche deren normative Rationalisierung ergänzt. Er analysiert allfällige epistemische Konflikte im Recht wiederum als normative Konflikte und illegitime Machtentfaltung. Doch bei der Analyse des eigentlichen Mangels an Legitimität, verfällt Habermas, wie ich noch zeigen werde, auf eine soziologische Analyse dieses Phänomens, ohne zum rechtstheoretisch stoßenden Kern vorzudringen: Typologien rechtserheblicher Sachverhalte sind weder Rechtsnormen noch sind sie Gegenstände der Wissenschaft. Stoßend ist daher, dass die öffentliche Mitsprache bei der Begründung rechtserheblicher Sachverhalte im Vergleich zur Rechtfertigung der Rechtsnormen institutionell unzureichend gesichert ist.

Erstaunlich ist, dass Habermas zwar selbst anspricht,<sup>76</sup> dass heute die Typologien rechtserheblicher Sachverhalte nicht mehr selbstverständlich sind. Gleichwohl entgeht ihm, dass dadurch der Rechtsstaat mit einer spezifischen Herausforderung konfrontiert wird. Trotz normativer Reflexionen tauchen bei der Gestaltung der Rechtswirklichkeit Konflikte zwischen funktionalen Systemen wieder auf, die nicht durch Gesetzgebungsverfahren gelöst werden können, da sie die Wahl der angemessenen Typologien betreffen. Der Komplexitätszuwachs bei den Staatsaufgaben ist nicht allein dadurch zu erklären, dass die Zukunft immer mehr durch gegenwärtige Entscheidungen vorweggenommen wird. Sobald der funktionale Rahmen nicht mehr unwidersprochen von der Wirtschaftsordnung vorgegeben wird, muss der Staat die Wahl des angemessenen Rahmens rechtfertigen. Der Staat hat heute nicht mehr allein die Wirtschaftsordnung und das Recht auf Eigentum zu schützen, sondern es wird von den Behörden der Schutz vielfältigster Güter erwartet. Neben dem Eigentum gilt es beispielsweise die Familienstruktur, die individuelle oder kollektive kulturelle Identität, die Ausbildung und Erziehung, die Gesundheit, die Mobilität, die Religion oder die Freizeit zu schützen. Diese Güter betreffen je andere Handlungszusammenhänge, Akteurkompetenzen und Gegenstandsbereiche, die divergente Typologien rechtserheblicher Sachverhalte plausibel erscheinen lassen. Wieweit die

---

nanzen entstehen aus dem Auseinanderklaffen der funktionalistischen Rolle als Sachverständige und den institutionellen Zwängen.

mannigfaltigen Ansprüche, die hinsichtlich des Schutzes derartiger Güter geltend gemacht werden, auch tatsächlich gerechtfertigt werden können, braucht hier nicht erörtert zu werden.<sup>77</sup> Festzustellen ist, dass der Staat vielfältigste Güter zu schützen hat, die divergente Typologien erzeugen.

Die zu schützenden Güter gehören nicht mehr ein und derselben sondern verschiedenen Ordnungen oder Handlungszusammenhängen an, weshalb Habermas der Behauptung zustimmt, dass der Staat nicht mehr bloß Rechtssicherheit garantieren muss, (die Aufgabe, die er für die Wirtschaftsgesellschaft besorgt) sondern nun in einer pluralisierten Gesellschaft Rechtsgüter sichern soll.<sup>78</sup> Hierbei kann es zu Konflikten zwischen Gütern mit unterschiedlichen Typologien kommen. Diese Schwierigkeiten beschränken sich nicht allein auf die angemessenen Handlungserwartungen, die gemäss Habermas reflektiert und in Normen übersetzt werden sollten,<sup>79</sup> sondern erstrecken sich auch darauf, mit was für einer Rechtsmaterie und welcher Art von Akteuren die Behörden konfrontiert werden.

Rechts- oder Schutzgüter beziehen sich auf Praktiken und Handlungsmöglichkeiten, die gesichert werden sollen. Der Sinn des Gutes lässt sich nur vor dem Hintergrund der zu schützenden Praktiken erschließen. Die Rechtsnorm kann zwar abstrakt ohne

---

<sup>76</sup> Habermas (1992: 519f.) verweist darauf, dass die konditionale Form allgemeiner, abstrakter Gesetze auf typische Tatbestände in der Wirtschaftsgesellschaft angelegt ist. Im Sozial- und Sicherheitsstaat aber geht dieser selbstverständliche Bezug verloren.

<sup>77</sup> Drei Grundlagen für die Rechtfertigung von Ansprüchen bieten sich an: die Eigenschaften des beanspruchten Gutes, die allgemeinen Auswirkungen auf die partizipatorische Gleichheit sowie moralpsychologische Fundamente. Walzer (1992) beispielsweise unterscheidet je nach Gut (Familie und Freundschaft, Rechtsgemeinschaft, Sicherheit und Wohlfahrt, Geld und Waren, Arbeit, Erziehung und Bildung etc.) verschiedene Sphären der Gerechtigkeit mit je eigenen Gerechtigkeitsmaßstäben (und Typologien) unterscheidet. Anders wiederum unterscheidet Fraser (Fraser & Honneth, 2003: 60f.) zwei Ebenen partizipatorischer Parität bzw. rechtlicher Gleichheit: interfraktionell werden Ansprüche zwischen Minderheiten und Mehrheiten ausgehandelt, wobei vermieden werden soll, dass Minderheiten strukturell von Angeboten ausgeschlossen werden; intrafraktionell werden Ansprüche auf Praktiken von Minderheiten, danach beurteilt, ob sie die rechtliche Gleichheit grundsätzlich gefährden und so Grundrechte verletzen (wenn beispielsweise Frauen aufgrund religiöser Vorstellungen das Wahlrecht verweigert wird). Schließlich unterscheidet Honneth (Fraser & Honneth, 2003: 162-177) im Anlehnung an Hegel drei historisch ausdifferenzierte Anerkennungssphären: Liebe, Recht und Leistung. Diese werden moralpsychologisch von je verschiedenen Gefühlen der Missachtung begleitet.

<sup>78</sup> Habermas (1992: 523) bezieht sich hierbei auf Denninger.

<sup>79</sup> Habermas (1992: 311f.) unterscheidet Güter und Werte von Normen dahingehend, dass Werte Handlungen empfehlen, die für einen begrenzten Adressatenkreis gut sind. Dagegen bestimmen Normen, welche Handlungsweise richtig ist im Hinblick auf die Bedürfnisse aller. Da insbesondere Grundrechte für alle gleichermaßen gelten, sollten diese fundamentalen Rechtsnormen von spezifischen Wertkonstellationen begrenzter Kulturen und Lebensformen befreit werden. In ethisch pluralistischen Gesellschaften werden zudem viele Wertkonstellationen nicht übergreifend geteilt, weshalb Rechtsnormen nicht in diesen verankert sein sollten.

Bezug auf die Praktiken formuliert werden, ihr Sinn ergibt sich aber nur durch die Wirklichkeit konkreter Praktiken, und so ist die Rechtsanwendung an diese Realitäten gebunden. Sobald Schutzgüter in unterschiedlichen Handlungszusammenhängen auftauchen, bieten sich unterschiedliche Auffassungen darüber an, welche Sachverhalte und Zusammenhänge für den Vollzug der Rechtsnorm erheblich sind. Unter diesen Umständen erfüllen allgemein abstrakte Gesetze zwar die Erwartung in rationalisierte Handlungserwartungen aufgrund ihrer generellen Anwendbarkeit und vermeiden so, auf partikuläre Wertvorstellungen Bezug zu nehmen. Im Gegenzug kann sich aber mit zunehmender Verallgemeinerung der Bezug zu den Sachverhalten auflösen, die rechtserheblich sein sollen. Die angestrebte Klarheit, die durch die Abstraktion heterogener Wertvorstellungen und Handlungserwartungen in verbindliche Rechtsnormen erreicht werden soll, verfängt sich dann in den Unbestimmtheiten der Anwendung. Umso abstrakter die Rechtsnorm formuliert ist, um sicherzustellen, dass Werte in Normen übersetzt wurden, desto offener wird die Entscheidung zwischen den maßgeblichen Praktiken bei der Rechtsanwendung. Dieses rechtstheoretische Problem scheint sich insofern erstmalig zu stellen, als in der Wirtschaftsordnung die Rechtssicherheit mit allgemeinen und abstrakten Gesetzen garantiert werden kann, weil die Typologie bereits gleichsam vorrechtlich vorausgesetzt wird; sollen dagegen Rechtsgüter aus verschiedenen Bereichen geschützt werden, dann muss die Typologie jeweils geklärt werden.

Ich werde im zweiten Teil die Rechtswirklichkeit anhand zweier analytisch unterscheidbarer Entscheidungsebenen untersuchen, die von Klaus Günther vorgeschlagen wurden: die Normenbegründung und die Normenanwendung.<sup>80</sup> Diese Unterscheidung erlaubt es, die normative Rationalisierung von Handlungserwartungen und die epistemische Rationalisierung von Typologien auseinanderzuhalten, die einerseits als demokratische Souveränität und andererseits als epistemische Souveränität institutionalisiert werden.

In der Normenbegründung werden in Gesetzgebungsverfahren generell abstrakte Rechtsnormen formuliert. Solche Normenbegründungen regeln den Umgang mit einer begrenzten Rechtsmaterie und können die rechtserheblichen Sachverhalte und die Rechtsfolgen mehr oder weniger konkret bestimmen. An den beiden Polen stehen hier je nach Konkretisierungsgrad Konditionalprogramme oder Finalprogramme. Die Rechtsnormen haben die Form eindeutiger Konditionalprogramme, wenn die



rechtserheblichen Sachverhalte eindeutig mit Rechtsfolgen verkoppelt sind. Hingegen sind diese Koppelungen im Rahmen von Finalprogrammen, die gerade im Regulationsrecht mittels Generalklauseln allgemeine Zielsetzungen vorgeben, nicht eindeutig festgelegt und werden der Präzisierung im Vollzug überlassen. Diese allgemeinen Zielsetzungen verweisen auf die eben genannten Güter, die geschützt werden sollen. Die Umsetzung der Ziele wird durch Annahmen darüber geleitet, welches die maßgeblichen Eigenschaften dieser zu schützenden Güter seien und wie sie am wirkungsvollsten geschützt werden. Diese Annahmen sind abhängig von der Wahl des funktionalen Rahmens, in dem eine Vollzugsaufgabe umgesetzt werden soll. Der Schutz aller oben genannten Güter berührt nun aber verschiedene funktionale Zusammenhänge.

Bei der Normenanwendung muss deshalb in einem zweiten Schritt festgelegt werden, in welchem funktionalen Rahmen mögliche Tatbestände als rechtserhebliche Sachverhalte qualifiziert werden. Offensichtlich ist eine solche Wahl bei Finalprogrammen unabdingbar, aber selbst bei Konditionalprogrammen kann diese Präzisierung nur in abstrakter Weise mittels Typologien von rechtserheblichen Sachverhalten und von Rechtsfolgen vorweggenommen werden. Insbesondere müssen solche Typologien bei einer überwiegend technischen Rechtsmaterie auf die Dynamik innovativer Technologien reagieren können.<sup>80</sup> Ein Regulationsrecht, das Technologien in der Form abgeschlossener Konditionalprogramme regelt, ist daher nicht praktikabel, und Aushandlungsprozesse über die Wahl des funktionalen Rahmens und der angemessenen Typologie sind letztlich unvermeidlich. Deswegen müssten diese epistemischen Entscheidungsprozesse rechtsstaatlich angemessen institutionalisiert werden.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die Behörden beim Vollzug von Regulationsmaßnahmen nicht allein auf Rechtsnormen sondern ebenso auf Typologien rechtserheblicher Sachverhalte stützen. Das Recht schöpft seinen Sinn aus der Verallgemeinerung von lebensweltlichen Praktiken, wobei Handlungserwartungen in Rechtsnormen übersetzt werden. Die Verfahren der Gesetzgebung sollen sicherstellen, dass das Recht einerseits einer gemeinsamen Rationalisierung entspringt und andererseits lebensweltlich verwurzelt bleibt. Dieselbe Erwartung gilt auch gegen-

---

<sup>80</sup> Günther versucht die Kriterien zu formulieren, anhand derer die angemessene Normenanwendung von der Normenbegründung unterschieden werden kann (1988: insbesondere 299-307).

<sup>81</sup> Zu so genannten dynamischen Verweisen im Regulationsrecht, bei denen die Legaldefinitionen an die Definitionen gebunden werden, die die Sachverständigen in ihren eigenen Regelwerken formulieren, siehe insbesondere Wagner Pfeifer (1997: 82-94).

über den Typologien, doch die Ausweitung der Zeithorizonte – gerade bei der Regulation von Technologien – kann dazu führen, dass die relevanten Tatsachen nicht mehr im Lichte einer geteilten Lebenswelt bestimmt werden, sondern kraft wissenschaftlicher Prognose festgestellt werden. Zwischen der Normenbegründung bei der Gesetzgebung und der späteren Normenanwendung öffnet sich eine Kluft, die nicht die Geltung der Normen sondern vielmehr diejenige der zu Grunde gelegten Typologie betrifft. Diese Kluft wird dann offensichtlich, wenn der Zeithorizont so sehr erstreckt wird, dass lebensweltliche Erfahrungen kaum mehr verfügbar sind. Diese Fälle führen vor Augen, dass die lebensweltliche Verankerung der gewählten Typologie rechtserheblicher Sachverhalte versagt und dass die Legitimation des von den Behörden erlassenen Rechts problematisch wird. Im Umkehrschluss weisen diese Fälle darauf hin, dass legitimes Recht erfordert, dass die Typologie und die zu Grunde gelegte Rechtsauffassung dem öffentlichen Rechtsverständnis entsprechen müssen. Diese Erwartung wird von Regulationen, die weit in die Zukunft vorausgreifen, enttäuscht. Überdies wird deutlich, dass im Rechtsstaat die Verfahren unzureichend sind, mit denen Typologien festgesetzt werden. Was zunächst durch die zeitliche Distanz sichtbar wurde, wird nun in seiner allgemeinen Bedeutung deutlich: Während die Ausweitung des Zeithorizonts den Fall aufwirft, wo aufgrund der zeitlichen Distanz der lebensweltliche Bezug verloren geht, zeigt die Ausweitung und Ausdifferenzierung des Horizonts der möglichen Handlungszusammenhänge, dass die Wahl zwischen Typologien – und nicht bloß Handlungserwartungen – zu begründen sind. Denn die Wahlentscheidung zwischen den Typologien kann zu deutlich unterschiedlichen Rechtswirklichkeiten führen, und die Entscheidung für die eine oder die andere Typologie ist dann nicht mehr selbstverständlich und daher begründungsbedürftig.

### *1.2.2.3 Ein Beispiel: Die Deklarationspflicht für gentechnisch veränderte Lebensmittel*

Gegen meine eben eingeführte Unterscheidung zwischen der normativen Rationalisierung von Handlungserwartungen und der epistemische Rationalisierung von Typologien lässt sich einwenden, dass die rechtsförmige Rationalisierung von Handlungserwartungen im Gesetzgebungsverfahren nicht allein die Rechtsnormen sondern auch die dazugehörigen Typologien festlegt. Denn die Normenbegründung umschreibt auch den zu regelnden Handlungszusammenhang und bezieht sich daher auch auf die maßgeblichen Typologien. Doch dagegen ist zu bedenken, dass dieser Idealfall (der normative und epistemische Rationalisierung in einem Aus-

handlungsprozess zusammenfasst) allein dann auf Dauer Bestand haben kann, wenn die Rechtsanwendung nicht mit gesellschaftlichen Neuerungen konfrontiert wird, die eine Rechtsfortbildung in Anwendung und Vollzug notwendig machen.

Das eben Ausgeführte will ich an einem Beispiel erläutern. Die nachstehenden drei Medienmitteilungen der schweizerischen Bundesbehörden geben den Verlauf der Revision der Deklarationspflicht für zugelassene, gentechnisch veränderte Lebensmittel in der Schweiz wieder.<sup>82</sup> Unbestritten und vom Gesetz seit 1995 vorgesehen war die Deklaration von gentechnisch veränderten Lebensmitteln. Deren Kennzeichnung soll gewährleisten, dass die Konsumentinnen und Konsumenten eine informierte Wahl zwischen konventionell hergestellten und gentechnisch veränderten Lebensmitteln treffen können. Das Gut, das die Behörden sicherstellen sollen, ist die Wahlfreiheit, die impliziert, dass die Informationen über das Lebensmittel nicht zur Täuschung Anlass geben, sondern den wahren Beschaffenheiten des verkauften Lebensmittels entsprechen. Insgesamt wurde der normative Rahmen nicht in Frage gestellt: Es sollte die Wahlfreiheit gewährleistet und Täuschung verhindert werden. Auf der Ebene der geltenden Rechtsnormen und der Normenbegründung lag kein Konflikt vor.

Der Täuschungsschutz kann aber nur dann gewährleistet werden, wenn feststeht, welches die wahren Beschaffenheiten gentechnisch veränderter Lebensmittel sind. Nun handelt es sich bei diesen Lebensmitteln um neuartige Produkte, die erst durch die Anwendung gentechnologischer Erkenntnisse und Praktiken geschaffen werden. Die Frage, wann ein Lebensmittel als gentechnisch verändert zu gelten hat und somit zu kennzeichnen ist, lässt sich kaum durch den Verweis auf kulturell verbreitete Selbstverständlichkeiten beantworten. Diese Lebensmittel werden für die Konsumentinnen und Konsumenten erst durch die Legaldefinition und die Regulationspraxis der Behörden Wirklichkeit. Die Expertenkultur in den Behörden bestimmt infolgedessen wie gentechnisch veränderte Lebensmittel in die Alltagskultur aufgenommen werden.

Die ursprüngliche Praxis bis 1999 beruhte darauf, dass immer dann deklariert werden musste, wenn in der Laboranalyse Spuren von fremdem genetischem Material nachgewiesen werden konnten. Diese Regulationspraxis bestimmte die wahre Beschaffenheit gentechnisch veränderter Lebensmittel anhand eines absoluten Nachweises, der keine Toleranz für Spuren einschloss. Die Kennzeichnung garantierte,

---

<sup>82</sup> Für eine Darstellung der juristischen Grundlagen dieser Revision im Umweltschutz- und Lebensmittelrecht siehe Kohler & Maranta (1999).

dass kein (nachweisbares) gentechnisch verändertes Material in einem Lebensmittel enthalten war, das nicht gekennzeichnet wurde. Auf diese Weise erfüllt die Kennzeichnung auch die Erwartung derjenigen, die aus (möglicherweise ungerechtfertigten) gesundheitlichen Bedenken, den Verzehr solchen Materials absolut vermeiden wollten. Derlei Befürchtungen waren neben anderen Gründen ein wichtiges Motiv für die Deklarationspflicht gewesen, obschon gesundheitliche Risiken bei der Marktzulassung durch die Behörden überprüft werden. Die ursprüngliche Praxis konnte aus Sicht der Konsumentinnen und Konsumenten sowohl die Wahlfreiheit als auch den individuellen Gesundheitsschutz sicherstellen.

Die Revision wurde nach Ansicht der Behörden notwendig, als immer mehr technisch unvermeidbare Spuren gentechnisch veränderten Materials in konventionell hergestellten Lebensmitteln auftauchten, so dass diese hätten gekennzeichnet werden müssen. Eine solche Kennzeichnung entsprach aber dann nicht den wahren Beschaffenheiten des Lebensmittels, wenn die Kennzeichnung die beabsichtigten Inhalte angeben sollte – nicht aber bloß unbeabsichtigte Spuren. Im Rahmen der Revision wurde der relevante Handlungszusammenhang neu bestimmt und deutlich im Markt verortet. Dadurch wurde es möglich, dass unbeabsichtigte Spuren für die Kennzeichnung unerheblich wurden; denn die wahre Beschaffenheit orientierte sich nicht mehr allein am nachweisbaren substantiellen Inhalt des Lebensmittels sondern an den Praktiken der Produzenten, Zwischenhändler und Anbieter von Lebensmitteln. Die entsprechenden Handlungszusammenhänge machten es plausibel eine Deklarationslimite von einem Prozent einzuführen, wie die Medienmitteilungen<sup>83</sup> zu verstehen geben.

[Medienmitteilung des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) vom]

28. September 1998

#### **Deklarationslimiten für gentechnisch veränderte Lebensmittel**

#### **BAG stellt Limiten zur Diskussion**

**Das Bundesamt für Gesundheit hat die betroffenen Stellen eingeladen, sich an der Diskussion über die Einführung von Deklarationslimiten für gentechnisch veränderte Lebensmittel zu beteiligen. Diese wird notwendig, weil beim heutigen Analyseverfahren nicht ausgeschlossen werden kann, dass bereits kleine technisch unvermeidbare Vermischungen mit gentechnisch verändertem Material erfasst werden.**

<sup>83</sup> Medienmitteilung vom 28. September 1998, Quelle: [www.bag.admin.ch/dienste/medien/1998/d/98092822.htm](http://www.bag.admin.ch/dienste/medien/1998/d/98092822.htm); Medienmitteilung vom 28. Januar 1999; Quelle: [www.bag.admin.ch/dienste/medien/1999/d/99012805.htm](http://www.bag.admin.ch/dienste/medien/1999/d/99012805.htm); Medienmitteilung vom 14. Juni 1999, Quelle: [www.bag.admin.ch/dienste/medien/1999/d/99061421.htm](http://www.bag.admin.ch/dienste/medien/1999/d/99061421.htm). Die eigenen Hervorhebungen sind kursiv gesetzt.

*Im Lebensmittelrecht werden wenn immer möglich quantitative Limiten angestrebt, um einen einheitlichen Vollzug zu gewährleisten. So muss zB. ein Getränk erst ab einem Alkoholgehalt von 0.5% als „alkoholhaltig“ deklariert werden. Derartige Limiten verhindern, dass bei einem Produkt auch dann auf eine Zutat oder einen Stoff hingewiesen werden muss, wenn es nur Spuren davon enthält.*

*Beim heutigen Analyseverfahren für gentechnisch veränderte Lebensmittel kann nicht ausgeschlossen werden, dass bereits kleine technisch unvermeidbare Vermischungen mit gentechnisch verändertem Material zu einem positiven Analyseergebnis führen und damit eine Deklaration erforderlich machen. Derartige Verunreinigungen können indessen nur mit sehr grossem Aufwand (zB. völlige Zerlegung von Mahlwerken, Lagerung, Transport und Fabrikation in getrennten Anlagen) vermieden werden. Sehr tiefe Limiten oder Null-Limiten sind deshalb unverhältnismässig und täuschen über die wahre Beschaffenheit eines Lebensmittels hinweg. Die Festlegung von Deklarationslimiten ist eine Massnahme im Rahmen des Täuschungsschutzes. Aus Sicht des Gesundheitsschutzes ist festzuhalten, dass von in der Schweiz bewilligten gentechnisch veränderten Erzeugnissen keine Gesundheitsgefährdung ausgeht.*

Der Entscheid, wo diese Limiten für die Deklaration von gentechnisch veränderten Lebensmitteln festgelegt werden sollen, wird nach der Diskussion mit den angeschriebenen Verbänden, Institutionen und Organisationen gefällt. Heute haben diese eine Aufforderung zur schriftlichen Stellungnahme zu einem Vorschlag des BAG erhalten. Eine Auswertung ist in rund fünf Wochen zu erwarten. Nach Vorliegen der Ergebnisse soll die Lebensmittelverordnung auf Anfang 1999 entsprechend angepasst werden.

[...]

[Medienmitteilung des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) vom]

28. Januar 1999

### **Konsens über schnelle Einführung von Deklarationslimiten für gentechnisch veränderte Lebensmittel**

**Eine Umfrage und ein Hearing haben gezeigt, dass Konsumenten-, Umwelt- und Produzentenvertreter eine rasche Einführung von Deklarationslimiten für gentechnisch veränderte Organismen (GVO) in Lebensmitteln befürworten. Dadurch soll vermieden werden, dass künftige Anstrengungen zur Trennung von herkömmlichen und gentechnisch veränderten Produkten durch unbeabsichtigte Verschleppungen zunichte gemacht werden. Das BAG schlägt dem Bundesrat eine Revision der Lebensmittelverordnung (LMV) vor. Neben technischen Bestimmungen soll darin eine Limite festgeschrieben werden, wonach bei einem Lebensmittel oder dessen Bestandteil ein GVO-Anteil über 1% deklariert werden muss.**

Seit 1995 ist in der Schweiz die Verwendung gentechnisch veränderter Organismen (GVO) oder deren Produkte in Lebensmitteln, die an Konsumenten abgegeben werden, kennzeichnungspflichtig. Die Deklaration wird bei allen Produkten verlangt, bei denen mit einer vorgegebenen Analysenmethode verändertes Erbmaterial festgestellt werden kann. *Die Erfahrung hat jedoch gezeigt, dass bereits kleine unbeabsichtigte Spuren von GVO die Anstrengungen getrennter Produktion und Warenflüsse zunichte machen können.* Dies bedingt eine Änderung der bisherigen Praxis. Da es sich bei der Problemstellung um Neuland handelt, entschloss sich das BAG, ein breites Meinungsspektrum in Form einer informellen Umfrage einzuholen.

Bei den eingegangenen Stellungnahmen kam zum Ausdruck, dass Deklarationslimiten als nötig erachtet und akzeptiert werden. Ebenfalls unterstützt wurde der Vorschlag, auch künftig zwischen drei Klassen zu unterscheiden (Positivdeklaration, Negativdeklaration, ohne Deklaration). Differenzen zeigten sich hingegen bezüglich der Höhe der Limiten. Vorbehalte wurden auch bei gewissen technischen Fragen und der Regelung für Bio-Produkte geäussert. Allgemein begrüsst wurde der Vorschlag des BAG, verbleibende Differenzen an einem Hearing zu erörtern.

Anlässlich des Hearings zeichnete sich ein Konsens ab, der von Konsumenten-, Umwelt-, Wirtschafts- und Behördenvertretern getragen wird. Demnach müssen Lebensmittel oder die jeweilige Zutat ab einem Anteil von 1% GVO deklariert werden. Für die Negativdeklaration ist eine komplette Warenflusskontrolle Voraussetzung. Welcher Anteil von GVO-Spuren technisch unvermeidbar ist, soll in einem vom BAG geleiteten Untersuchungsprogramm abgeklärt werden. Alle Beteiligten befürworten eine rasche Anpassung der einschlägigen Artikel der LMV. Das BAG formuliert nun zuhanden des Bundesrates die entsprechenden Detailbestimmungen. Im Falle einer Zustimmung des Bundesrates sollen die neuen Bestimmungen Mitte Jahr in Kraft gesetzt werden können.

Das Problem der Beurteilung von Spuren nicht bewilligter GVO-Erzeugnisse kann im Rahmen der geplanten Revision nicht gelöst werden. Das BAG wird aber diese Fragestellung weiterverfolgen.

[...]

[Medienmitteilung des Eidgenössischen Departements des Innern und des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) vom]

14. Juni 1999

### **Revision der Lebensmittelverordnung (LMV)**

#### **Deklarationslimite für gentechnisch veränderte Lebensmittel**

**Der Bundesrat hat der Einführung einer Deklarationslimite für gentechnisch veränderte Lebensmittel zugestimmt. Künftig müssen Lebensmittel deklariert werden, wenn eine Zutat mehr als 1 Prozent gentechnisch veränderte Organismen enthält. Damit soll verhindert werden, dass herkömmliche oder biologische Produkte wegen Spuren von gentechnisch verändertem Material deklariert werden müssen. Die neuen Bestimmungen in der Lebensmittelverordnung treten bereits am 1. Juli 1999 in Kraft.**

Die heutigen Analyseverfahren sind derart empfindlich, dass bereits geringste Spuren von gentechnisch verändertem Material nachgewiesen werden. Ohne Limite müssten auch diese technisch bedingten Anteile, die nicht oder nur mit sehr grossem Aufwand vermieden werden können, deklariert werden. *Mit der Deklarationslimite wird gewährleistet, dass herkömmlich hergestellte und biologische Produkte nicht wegen unbeabsichtigter Vermischungen deklariert werden müssen.*

*Am Prinzip der umfassenden Deklarationspflicht für gentechnisch veränderte Lebensmittel wird auch nach der Änderung der Lebensmittelverordnung festgehalten.* Die Terminologie wird an diejenige der EU angepasst: Der Begriff „GVO-Erzeugnis“ wird für die Kennzeichnung nicht mehr verwendet. Durch die neuen Hinweise „aus gentechnisch verändertem X hergestellt“ oder „aus genetisch verändertem X hergestellt“ werden Konsumentinnen und Konsumenten verständlich und transparent informiert. Die Kennzeichnung erfolgt im Verzeichnis der Zutaten. Die neue Regelung enthält auch Anforderungen an die sogenannte „Negativdeklaration“: Ein Lebensmittel darf mit dem Hinweis „ohne Gentechnik hergestellt“ angeschrieben werden, wenn mit einer lückenlosen Dokumentation bewiesen werden kann, dass das betreffende Produkt keine gentechnisch veränderten Organismen enthält und bei der Produktion keine solchen verwendet wurden.

Im Rahmen von Vernehmlassungen haben betroffene Kreise wiederholt auf die Dringlichkeit einer Revision hingewiesen, so dass der Bundesrat eine rasche Einführung der Deklarationslimite beschlossen hat. Die EU hat in Sachen Deklarationslimiten noch keine Regelung getroffen. Sollte die EU eine abweichende Regelung beschliessen, so müsste eine Anpassung diskutiert werden. Das Bundesamt für Gesundheit führt ab Sommer 1999 ein Begleitforschungsprogramm durch, um mehr Aufschluss über die Höhe der technisch bedingten Vermischungen zu erhalten.

[...]

Die Revision dokumentiert die Entscheidung der Behörden, die Deklarationspflicht in einen neuen Handlungszusammenhang zu stellen. Die ursprüngliche Legaldefinition war der wissenschaftlichen Laborpraxis entnommen, wo die Analyse keine Grenzwerte für wahre Beschaffenheiten kennt. Diese absolute Unterscheidung entsprach auch der verbreiteten Erwartung im Kaufentscheid, ein allfälliges Gesundheitsrisiko vermeiden zu können. Die revidierte Fassung trennte Täuschungs- und Gesundheitsschutz auf. Sie legte letzteren nun eindeutig in die Hände des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) als Zulassungsbehörde. Für das Recht als abstraktes Gebäude aus Rechtsnormen war dies nichts Neues, denn das geltende Recht unterschied bereits zwischen der Marktzulassung, die den Nachweis gesundheitlicher Unbedenklichkeit erfordert, und der Kennzeichnung bei der Vermarktung. Aber die

Rechtswirklichkeit wurde durch die Anpassung der Legaldefinition und der Regulationspraxis einschneidend verändert.

Wichtig ist im Rahmen dieser Diskussion nicht, ob die getroffene Entscheidung inhaltlich zu kritisieren wäre.<sup>84</sup> Das Beispiel soll allein zeigen, dass Sachverständige gerade bei der Regulation von Technologien und deren Anwendungen entscheidenden Einfluss auf die Gestaltung der Rechtswirklichkeit haben. Diesen Einfluss besitzen sie nicht nur dann, wenn wissenschaftliche Prognosen verlangt werden, sondern sie verfügen obendrein über einiges Gewicht bei der Ausarbeitung der Typologien rechtserheblicher Sachverhalte. Sachverständige bestimmen folglich nicht nur, wie wir in Zukunft mit Technologien umgehen werden, sie legen auch fest, wie wir gegenwärtig Technologien begegnen.

Dieses Beispiel zeigt folglich erstens auf, dass Typologien für die Gestalt der Rechtswirklichkeit mitentscheidend sind, und verdeutlicht zweitens, dass Fragen der Typologien nicht gleichzusetzen sind mit Fragen nach der Geltung von Rechtsnormen oder ob ein bestimmtes Rechtsgut zu schützen sei. Drittens wird erkennbar, dass die Entscheidungsprozesse, die ich auf einer epistemischen Ebene in der Normenanwendung angesetzt habe, kaum im Rahmen der rechtsstaatlichen Gesetzgebung institutionalisiert sind. Die Folge, die im nächsten Abschnitt genauer betrachtet werden soll, ist viertens, dass, die Mitsprache bei diesen Aushandlungsprozessen durch den sozialen Status entschieden wird.

Bevor ich den Argumentationsgang bei Habermas wieder aufnehme, möchte ich abschließend die Differenzen zwischen Habermas' und meiner Auffassung kurz darlegen. Die Ausweitung des Zeithorizonts staatlicher Maßnahmen führt gemäss Habermas zu einer wissenschaftlich abgestützten Zukunftsgestaltung, die die demokratische Normierung der gestellten Herausforderungen ersetzt. Der Anlass zur Krise des Rechtsstaates ist dieser erweiterte Horizont, der den zunehmenden Einfluss von Sachverständigen ermöglicht und dazu führt, dass die demokratische Genese der Rechtswirklichkeit gegen die wissenschaftliche Vorausschau der gesellschaftlichen Wirklichkeit ausgetauscht wird. Die zeitliche Ausdehnung stellt nach Habermas die demokratische Legitimierung der Verwaltungstätigkeit in Frage. Dagegen ruft die synchrone gesellschaftliche Ausdifferenzierung in unterschiedliche Handlungszusammenhänge für Habermas normative, aber keine epistemischen Konflikte hervor. Zwar ist er der Ansicht, dass die Vervielfältigung der Rechtsgüter

zu Ermessensspielräumen führt, diese scheinen aber allein die Hierarchie der Güter zu betreffen. Hingegen thematisiert er nicht mögliche Konflikte zwischen unterschiedlichen Handlungszusammenhängen, die die wesentlichen Eigenschaften eines Rechtsguts und somit den rechtserheblichen Sachverhalt unterschiedlich bestimmen. Die Vielfalt an Rechtsgütern hat für ihn normative Konflikte zur Folge und stellt keine eigenständigen epistemischen Probleme dar. Die Konflikte bestehen bezüglich der angemessenen Handlungserwartungen, die durch Rechtsnormen verbindlich aufgelöst werden.

Aber das Beispiel der Revision zeigt, dass selbst dann, wenn die allgemeine Erwartung, dass gentechnisch veränderte Lebensmittel zu kennzeichnen sind, unbestritten ist, entscheidende Fragen für die Gestalt der Rechtswirklichkeit offen bleiben können. Meines Erachtens macht die zweite analytische Ebene selbst dann epistemische Entscheidungen notwendig, die begründungsbedürftig sind, wenn keine Konflikte hinsichtlich verschiedener Güter vorliegen – so wurde die Schutzwürdigkeit der Wahlfreiheit nicht mit Blick auf ein konkurrenzierendes Gut in Frage gestellt. Allfällige normative Konflikte machen zwar überhaupt erst auf diese Entscheidungen aufmerksam und verstärken den Rechtfertigungsdruck für die epistemischen Entscheidungen auf der zweiten Ebene. Trotzdem sind die Aushandlungsprozesse um die Typologie der Tatbestände und die angemessene Situationsdeutung von der ersten Ebene, in der mittels Rechtsnormen Handlungserwartungen normiert werden, zu unterscheiden. Beide Ebenen können einem Rechtfertigungszwang ausgesetzt sein, da sie Entscheidungen im Recht betreffen, doch zu rechtfertigen ist auf der ersten Ebene eine Norm und im zweiten Fall eine epistemische Typologie.

#### *1.2.2.4 Illegitime Machtentfaltung und demokratische Genese des Rechts*

Typologien rechtserheblicher Sachverhalte, so habe ich dargelegt, sind für die Rechtswirklichkeit ebenso konstitutiv wie die Rechtsnormen. Wenn Macht in die Aushandlungsprozesse um diese Typologien einsickert, dann bedroht dies die demokratische Genese des Rechts (die die Gleichbehandlung von Personen durch das Recht anstrebt und die Legitimität des Rechts sichern soll) geradeso wie die Machtentfaltung bei der Gesetzgebung. Die Untersuchung illegitimer Machtentfaltung wird differenzierter, wenn zwischen der Legitimierung von Rechtsnormen und der Legitimierung von Typologien unterschieden wird, so dass

---

<sup>84</sup> Vgl. hierzu etwa die Kritik der Eidgenössischen Ethikkommission für die Gentechnik im außerhumanen Bereich (EKAH) an der Vermarktung und Freisetzung in EKAH (2003).



die Besonderheiten illegitimer Machtentfaltung in der Verwaltungstätigkeit zum Vorschein kommen. Habermas' Kritik dieses Phänomens bietet eine Grundlage, diese Differenzierungen vorzunehmen.

Gemäss Habermas verstrickt sich die Verwaltung in den Aushandlungsprozessen, in denen die Typologie rechtserheblicher Sachverhalte präzisiert wird, notgedrungen in den Ansprüchen der sozial mächtigen Akteure. Diese Abhängigkeit der Verwaltung wird dadurch verursacht, dass viele Steuerungsaufgaben nur noch einvernehmlich mit diesen Akteuren gelöst werden können. Die daraus erwachsende rechtstheoretische Problemlage beschreibt Habermas folgendermaßen:<sup>85</sup>

Die staatliche Souveränität wird in dem Maße untergraben, wie sozial mächtige Kooperationen an der Ausübung öffentlicher Gewalt beteiligt werden, ohne dazu legitimiert zu sein und den für Staatsorgane üblichen Verantwortlichkeiten zu unterliegen.

Die staatliche Souveränität manifestiert sich gemeinhin im Gewaltmonopol, das die staatlichen Behörden gerade auch gegenüber sozial mächtigen Akteuren beanspruchen, um Recht durchzusetzen. Die von Habermas erwähnte staatliche Souveränität setzt daher voraus, dass die Gewalt des Staates gegenüber sozialer Macht ungebunden bleibt, damit das allgemeine Gesetz ohne Ausnahme, die durch den sozialen Status der Betroffenen motiviert sein könnte, angewendet wird. Dieses Gebot der Unabhängigkeit wird durch die Kooperation mit sozial mächtigen Akteuren beeinträchtigt. Die Unabhängigkeit bedeutet freilich nicht vollständige Entkoppelung des Vollzugs vom Recht; denn die Tätigkeit der Behörden ist durch rechtsstaatliche Kontrollmechanismen gesichert, die gewährleisten sollen, dass die Behörden ihr Gewaltmonopol nur im Rahmen des Rechts ausüben. Wenn die Verwaltung mit Akteuren kooperiert, die nicht durch rechtsstaatliche Verfahren dazu ermächtigt sind, an der Ausgestaltung der Rechtswirklichkeit mitzuwirken, dann verletzt dies einerseits die Unabhängigkeit der Behörden und unterläuft andererseits die rechtsstaatlichen Kontrollmechanismen. Diese illegitime Machtentfaltung widerspricht der demokratischen Genese des Rechts: Denn erstens stellen sich die Aushandlungsprozesse nicht der legitimierenden öffentlichen Beurteilung und zweitens ersetzt sozialer Status die rechtsstaatlich begründete Gewalt.

Dieser Analyse illegitimer Machtentfaltung zufolge sollten Gegenmaßnahmen ergriffen werden, die einen öffentlichen Rechtfertigungszwang einführen und den Zugang

---

<sup>85</sup> Habermas (1992: 523). Vgl. auch die Ausführungen Habermas' (1992: 215-217) zur Trennung von Staat und Gesellschaft, wodurch der Einfluss sozialer Macht auf den politischen Prozess eingeschränkt werden soll.

zu den Aushandlungsprozessen nicht mehr vom sozialen Status abhängig machen. Doch meines Erachtens ist diese Darstellung noch zuwenig differenziert. Es müssen zwei Aspekte auseinandergesetzt werden, um den Machtmissbrauch zu verstehen und die angemessenen Gegenmaßnahmen zu institutionalisieren, die meines Erachtens von Habermas zuwenig berücksichtigt werden. Anhand der eben ausgeführten analytischen Unterscheidung zweier Entscheidungsebenen gilt es zu differenzieren: Erstens geht es bei diesen Aushandlungsprozessen vorrangig um die Wahl von Typologien für die Umsetzung von Regulationsprogrammen. Hierin lassen sie sich von den Gesetzgebungsverfahren unterscheiden, denn es handelt sich um epistemische Entscheidungen im Recht. Zweitens wird deutlich, dass der angemahnte Machtmissbrauch deshalb stoßend wird, weil legitimierende Verfahren für die Wahl von Typologien fehlen. Der vermeintliche Machtmissbrauch ist dann bloß ein Symptom für das rechtsstaatliche Versagen, die zweite Entscheidungsebene angemessen zu institutionalisieren, die für die Ausgestaltung der Rechtswirklichkeit ebenso konstitutiv ist wie die erste Ebene der Gesetzgebungsverfahren.

Habermas versucht, wie später noch deutlicher gezeigt wird, diese beiden Ebenen in einem prozeduralistischen Rechtsverständnis zu verschmelzen. Allerdings verkennt er meines Erachtens die Konsequenzen für die angemessene Institutionalisierung dieser zweiten Entscheidungsebene, die sich aus der analytischen Unterscheidung ergeben. Er übersieht, dass die Selektionen auf dieser zweiten Ebene nicht gleichzusetzen sind mit der normativen Rechtfertigung verbindlicher Handlungserwartungen im Gesetzgebungsverfahren. Daher erscheint es mir unzureichend, gemäss Habermas' Empfehlung gegen den angeblichen Machtmissbrauch allein die öffentliche Kommunikation in der Zivilgesellschaft zu stärken, ohne die rechtsstaatlichen Mittel an die Hand zu geben. Denn die bereits institutionalisierten Verfahren der Gesetzgebung, die auf der ersten Ebene angesiedelt sind, können die Entscheidungen der zweiten Ebene nur behelfsmäßig steuern.

Die Differenz zwischen Habermas und meiner Analyse beruht auf dieser Unterscheidung, die erlaubt, den Gegenstand der Aushandlungsprozesse und die zu fällenden Entscheidungen klarer zu fassen. In seiner eigenen Darstellung untersucht Habermas, wer an den Aushandlungsprozessen beteiligt wird, und beachtet weniger, wie in diesen Prozessen über Typologien entschieden wird. Er lenkt die Aufmerksamkeit auf die Zusammenarbeit mit den sozial mächtigen Akteuren, derer die Verwaltung für die Umsetzung von Steuerungsmaßnahmen bedarf, und betont den Verlust an staatlicher Souveränität, die die Behörden folglich erleiden. Habermas folgt den Analysen, die die Schwäche des Staates darin sehen, die Gehor-

samspflicht bei der Umsetzung vager Steuerungsprogramme nicht mehr durchsetzen zu können, da die Verwaltung beim Vollzug von Regulationsprogrammen zusammen mit den übrigen Akteuren als gleichberechtigte Partner auftreten. Danach gewinnen Akteure von außerhalb der Verwaltung zunehmenden Einfluss auf die Entscheidungen der Behörden. Bei der oben dargestellten Revision der Deklarationspflicht für gentechnisch veränderte Lebensmittel wurde beispielsweise das Argument stark gemacht, dass Spuren gentechnischen Materials technisch unvermeidbar seien. Diese Argumentation und der revidierte Vollzug der Deklarationspflicht entbinden die Lebensmittelanbieter von der ursprünglichen Pflicht zur Kennzeichnung, von der sie meinten, dass deren Auflagen nicht mehr erfüllt werden konnten. Inwieweit der Pflicht Folge zu leisten sei, die sich aus dem in der Rechtsnorm allgemein festgehaltenen Täuschungsschutz und der daraus abgeleiteten Deklarationspflicht für gentechnisch veränderte Lebensmittel ergibt, wurde demnach von den Adressaten der Rechtsnorm maßgeblich mitbestimmt. Dabei wurde diese Verpflichtung im Grundsatz nie in Frage gestellt. Aber sobald die Legitimität des Rechts an der Rechtswirklichkeit und nicht bloß an den geltenden Grundätzen bemessen wird, wird eine solche Mitsprache rechtstheoretisch problematisch.

Die rechtsstaatlichen Entwicklungen resultieren nach dieser Darstellung aus der unterschiedlichen Macht, mit der auf Entscheidungen Einfluss genommen werden kann, deren Ergebnisse für die Rechtsgemeinschaft verbindlich sind. Eine solche soziologische Analyse konzentriert sich auf die Konstellationen der Akteure. Sie bleibt beschränkt, solange nicht deutlich wird, welche legitimen Ansprüche in derart begrenzten Aushandlungsprozessen ausgegrenzt bleiben.

Habermas gibt die Richtung einer solchen Argumentation bei der Kritik der funktionalistischen Darstellung der Krise des Rechtsstaates vor. Seine Analyse gibt zunächst funktionalistische Argumente wieder, die behaupten, die zunehmende Versachlichung der Verwaltung sei damit zu erklären, dass die Verwaltungen immer mehr die Aufgabe übernehmen, durch sachlich angemessene Regulation gesellschaftliche Entwicklungen zu steuern. Insofern sei unvermeidlich und sachlich gerechtfertigt, dass Sachverständige einen erhöhten Einfluss auf die Ausgestaltung der Rechtswirklichkeit nehmen. Dieser funktionalistischen Argumentation hält Habermas entgegen, dass dieser Einfluss auf das Recht illegitim sei, da der Anspruch auf demokratische Genese des Rechts, d.h. das Prinzip der gleichen

Mitsprache bei der Ausgestaltung der Rechtswirklichkeit, verletzt werde.<sup>86</sup> Unbefriedigend ist allerdings, dass Habermas in einer funktionalistischen Analyse gefangen bleibt und sich darauf versteift, welche Akteure an den Aushandlungsprozessen beteiligt sind. Da er die Legitimität des Rechts an der Mitsprache der Betroffenen festmacht, tritt die Beteiligung von Personen in den Vordergrund. Infolgedessen konzentriert sich Habermas stärker auf die Frage, wie die Bildung von Allianzen zwischen sozial mächtigen Akteuren unterbunden werden könnte. Auf diese Weise vernachlässigt er seinen sonst vertretenen Anspruch, über diese Akteurskonstellationen hinauszugehen und den Blick den Geltungsansprüchen zuzuwenden.

Üblicherweise strebt Habermas in seiner Kommunikationstheorie der Gesellschaft wie auch in seiner Diskurstheorie des Rechts an, soziale Vorgänge als Reaktion auf das Gefälle zwischen erwarteten und geleisteten Begründungen begreiflich zu machen. Anstatt sozialen Wandel allein durch die Ausübung von Macht zu erklären, die Akteure für sich beanspruchen, um ihr Handeln gerade nicht rechtfertigen zu müssen, stärkt Habermas die Perspektive, die sich aus der Sicht derjenigen ergibt, die Rechtfertigungen einfordern. Der sozialen Macht der Akteure stellt Habermas die Macht der Kommunikation entgegen. Veränderungen werden dann gerade gegen bestehende soziale Machtverhältnisse angestrebt. Ein wichtiges Motiv für diese Anstrengungen sind systembedingte Missachtungen, die manche Menschen erleiden müssen, weil ihre identitätsstiftenden Praktiken und die damit zusammenhängenden Wahrnehmungen von Handlungssituationen nicht in den Entscheidungen der Behörden beachtet werden.<sup>87</sup> Diese Marginalisierung müsste gerechtfertigt werden, da sie dem Anspruch auf Gleichheit im Recht widerspricht und allein die bestehenden Statushierarchien unreflektiert reproduziert. Dagegen erzeugt der rechtliche Anspruch auf Gleichbehandlung einen übergeordneten Rechtfertigungsdruck, wenn

---

<sup>86</sup> Dieses Mitspracherecht soll Habermas (1992: 532) zufolge durch eine wachsame Öffentlichkeit gesichert werden, die „auf den Entstehungsbedingungen legitimen Rechts beharrt.“

<sup>87</sup> Solche Missachtungen werden beispielsweise bei der strukturellen Diskriminierung von Frauen deutlich und in den 70er Jahren in der feministischen Kritik des Sozialstaates analysiert. In der kritisierten Rechtsauffassung der Behörden zeigt sich gemäss Habermas (1992: 510) allerdings nicht eine generelle Blindheit für die Anforderungen der Kontexte, vielmehr wird die „Kontextwahrnehmung von einem überholten paradigmatischen Rechtsverständnis geleitet“. Wichtige Analysen struktureller Missachtungen bieten Honneth (1992), Fraser (1997b) oder Margalit (1997).

spezifische Geltungsansprüche nur unzureichend eingelöst werden. Dieser Rechtfertigungsdruck beruht gemäss der Diskurstheorie auf kommunikativer Macht.<sup>88</sup>

#### 1.2.2.5 Demokratische Gleichheit, Macht und Status

Kommunikative Macht kann sich entfalten, weil die Handlungskoordination auf Sprache angewiesen ist. Da die Bedeutung sprachlicher Ausdrücke nicht monopolisiert werden kann, sondern dadurch stabilisiert wird, dass Sprache gemeinsam gebraucht wird und in Diskursen Geltungsansprüche wechselseitig erläutert und begründet werden, ist kommunikative Macht gemäss der Habermasschen Diskurstheorie unter zwanglosen Kommunikationsbedingungen für alle verfügbar und entfaltet auf diese Weise eine Gleichheit zwischen den Akteuren, die für die demokratische Gleichheit konstitutiv ist.<sup>89</sup> Die kommunikative Macht verleiht den Anspruch, dass die Handlungserwartungen und Situationsdeutungen im gemeinsamen Handeln begründet werden, wenn sie für die beteiligten Akteure nicht mehr selbstverständlich sind.

Soziale Macht liegt dann vor, wenn dieser Anspruch verweigert oder durch eine aufgrund von Wertvorstellungen begrenzte Rechtsauffassung unterdrückt wird. Entscheidungen, deren Folgen von Dritten mitzutragen sind, werden gegenüber diesen allein dadurch gerechtfertigt, dass die Entscheidungsträger auf ihre Funktion oder ihren Status verweisen. Daraus erwachse ihnen die Kompetenz, so die zumeist implizite Annahme, die erforderlichen Entscheidungen in eigener Regie zu treffen. Dies widerspricht der diskurstheoretischen Forderung, dass die Betroffenen die Folgen und Nebenwirkungen akzeptieren können müssen, die sich aus der Umsetzung einer Rechtsnorm ergeben.<sup>90</sup> Wenn eine Entscheidung kraft sozialer Macht gerechtfertigt wird, sind handelnde und betroffene Personen beim Entschluss zu handeln nicht gleichgestellt, da die Handlung nicht anhand der Folgen vorweg gemeinsam beurteilt wird. Die Verteilung von sozialer Macht ermöglicht somit, Betroffene nicht an der Entschlussfassung zu beteiligen. Der soziale Status scheint

---

<sup>88</sup> Vgl. etwa Habermas' Darstellung des Zusammenhangs kommunikativer Macht und legitimer Rechtssetzung (1992: 187-207).

<sup>89</sup> Siehe dazu auch die vier Bedingungen der idealen Sprechsituation gemäss Habermas (1984 177f.): Chancengleichheit zur Teilnahme am Diskurs, Redegleichheit beim Einbringen von Themen und Kritiken, Wahrhaftigkeit der Teilnehmenden und Aufhebung von Realitätszwängen, zu denen insbesondere Machtstrukturen gehören.

<sup>90</sup> Vgl. das Universalisierungsprinzip ‚U‘ in Habermas (1983: 103), das die Zustimmung zu einer Norm von der Akzeptierbarkeit der Folgen und Nebenwirkungen deren Befolgung abhängig macht.

die Akteure von ihrer Pflicht zu entbinden, ihr Handeln gegenüber Dritten zu rechtfertigen.

Solange der Staat allein die Wirtschaftsordnung zu sichern hat, gilt es, den Einfluss ökonomischer Stärke auf staatliche Entscheidungen zu bändigen. Dann ist für den Staat nur die Dimension der Besitzverhältnisse relevant in der soziale Macht verteilt wird. Illegitime Macht entspringt übermäßiger ökonomischer Stärke wie beispielsweise bei der Bildung von Monopolen, die ermöglichen, die Regeln und Normen des freien Marktes aufzuheben. Gegen diese Art von Regelverstößen soll der Staat gleichsam als Schiedsrichter einschreiten. Er steht selbst außerhalb des Geschehens und wahrt auf diese Weise die staatliche Souveränität. Die Gleichbehandlung angesichts der geltenden Rechtsnormen bezieht die Typologie rechtserheblicher Sachverhalte aus dem funktionalen Zusammenhang des Marktes. Diese Eindeutigkeit geht verloren, sobald verschiedenartige Rechtsgüter aus vielfältigen Zusammenhängen geschützt werden sollen. Der Staat kann die Typologien nicht selbstverständlich voraussetzen und Sachverständige gewinnen einen verstärkten Einfluss auf die behördlichen Entscheidungen. Der Staat wird infolgedessen zum aktiven Mitgestalter der gesellschaftlichen Ordnung, die nicht mehr auf die Wirtschaftsordnung beschränkt ist. Die Behörden bescheiden sich unter diesen Umständen nicht mehr allein mit der Rolle des Schiedsrichters, sondern sie werden zum Mitspieler. In der Folge ist die staatliche Souveränität nicht mehr durch Unabhängigkeit gesichert, und insbesondere die Verwaltung läuft Gefahr, ihre rechtsstaatlich zugesicherten Kompetenzen als sozialen Status zu missbrauchen. Dann schlägt staatliche Souveränität in missbrauchte, soziale Macht um.

Illegitime soziale Macht lässt sich diskurstheoretisch dahingehend bestimmen, dass ein sozialer Status beansprucht wird, der rechtfertigen soll, dass andere mit den Folgen des eigenen Handelns und Entscheidens belastet werden dürfen, ohne dass dieser Status und die damit verbundene Macht kraft legitimierender Normen gerechtfertigt ist. Illegitim ist also, dass Beteiligte in einem Handlungsgefüge zu bloß Betroffenen werden. Allerdings ist diese Bestimmung mangelhaft, denn sie untergräbt die Handlungsautonomie der Akteure, insofern Autonomie bedeutet, Entschlüsse über Handlungen selbstständig zu fällen. Autonomie bedingt Handlungssubjekte, die im Sinne privater Autonomie an Individuen festgemacht wird, während die Gemeinschaft öffentlich diskutierender Individuen im Sinne der diskurstheoretischen Forderung, Entscheide öffentlich zu rechtfertigen, zum kollektiven Handlungssubjekt wird. Die private Autonomie zu erhalten, ist aber gerade das zentrale Anliegen des liberalen Rechtsstaates. Deshalb muss die Grenze zwischen

privater Autonomie und öffentlich eingeforderter Rechtfertigung legitimen Handelns immer wieder im Rechtsstaat ausgehandelt werden.<sup>91</sup> Die Handlungssubjekte besitzen den Status autonom handelnder Subjekte nicht gleichsam von Natur aus, sondern dieser wird in sozialen Interaktionen zugeschrieben und allenfalls in rechtsstaatlichen Verfahren ausgehandelt.

Darüber hinaus schreiben diese Aushandlungsmechanismen nicht einen umfassenden sozialen Status zu, der zu einer uneingeschränkten, in alle Handlungsbereichen gleichermaßen einsetzbaren Macht führt, sondern sie statten Akteure mit spezifischen Kompetenzen aus. Entsprechend stößt das Recht an unterschiedliche Grenzen der Legitimierung und begegnet verschiedenartigen Problemen illegitimer Machtentfaltung. So sind die Handlungskompetenzen, die darauf beruhen, über Eigentum zu verfügen, andere als die der Sachverständigen, denen die Kompetenz verliehen wird, über Sachverhalte verbindliche Auskunft zu geben. Macht ist nicht in undifferenzierter Weise an Personen gebunden, sondern sie wird systemisch an Funktionen festgemacht, die von Personen wahrgenommen werden. Bei der Untersuchung der Krise des Rechtsstaates und der Legitimationsprobleme der Verwaltung prüft Habermas vor allem die wirtschaftliche Machtentfaltung durch das System des Marktes und die Machtentfaltung durch Expertise.<sup>92</sup> Diese erlauben den Akteuren in unterschiedlicher Weise, Ansprüche auf eine Rechtfertigung abzuwehren. Die Anwendung wirtschaftlicher Macht widerspricht offensichtlich dem Anspruch auf Rechtfertigung behördlicher Entscheidungen, während die Macht der Sachverständigen weniger eindeutig eingeordnet werden kann. Dies lässt sich historisch damit erklären, dass im Rechtsstaat, der die Wirtschaftsordnung erhalten soll, wie auch im Sozialstaat, der soziale Fürsorge leisten soll, Reguli-  
 onsmaßnahmen gerade darauf angelegt sind, die wirtschaftliche Machtentfaltung und daraus hervorgehende Benachteiligungen von außen insoweit zu zügeln, als sie zu ungerechtfertigten Verteilungen an Eigentum führen. Die Macht der Sachverständigen wird dagegen vor allem im Präventionsstaat rechtstheoretisch

---

<sup>91</sup> Habermas (1996: 87-94) zeichnet das Verhältnis zwischen privater und öffentlicher Autonomie als ein dynamischer Prozess, weshalb er festhält (Habermas 1996: 91), „dass die Grenzen zwischen der privaten und der öffentlichen Autonomie der Bürger im Fluss sind und dass solche Grenzziehungen der politischen Willensbildung der Bürger zur Disposition stehen müssen, wenn diese die Möglichkeit haben sollen, den »fairen Wert« ihrer subjektiven Freiheiten gegenüber Justiz und Gesetzgebung einzuklagen.“

<sup>92</sup> Habermas (1992: 525) erklärt den Einfluss von Sachverständigen und ökonomisch mächtigen Akteuren damit, dass sie die für den Sozial- sowie Präventionsstaat notwendigen Ressourcen Geld und Expertise verfügen.

bedeutsam.<sup>93</sup> Deren Status wird in den Staat integriert, so dass dieser seine Rolle als neutraler Beobachter und Schiedsrichter des gesellschaftlichen Kräftespiels verliert. Demokratietheoretische Kriterien für die legitime Rechtswirklichkeit geraten unter Druck, wenn das Wissenschaftssystem Personen den Status von Sachverständigen nach eigenen Kriterien zuschreibt. Unter diesen Umständen erscheint illegitime Machtentfaltung unvermeidlich: Denn insbesondere das technische Regulationsrecht bedarf verallgemeinerter Typologien, die dem gesellschaftlichen Wandel angepasst werden können. Die Behörden sind auf die Sachverständigen angewiesen, wenn sie die Typologien rechtserheblicher Sachverhalte präzisieren. Hier ist eine Kooperation über die Grenzen der Behörden hinweg unvermeidlich. Welche Tatbestände sanktioniert werden, hängt dann auch von den Entscheiden der Sachverständigen ab, so dass die staatliche Souveränität bei der Ausübung der Sanktionsmacht nicht mehr ungebunden ist. Der Status der Sachverständigen als Beamte oder Experten wird zwar einerseits rechtlich geregelt, aber als Sachverständige wird ihr Status andererseits durch Kriterien begründet, die – wie insbesondere die wissenschaftlichen Kriterien – gegenüber demokratietheoretischen Kriterien unabhängig bleiben. Der Status der Sachverständigen lässt sich nicht abschließend normieren, und da dieser Status namentlich durch Mechanismen des Wissenschaftssystems zugeschrieben wird, die sich der öffentlichen Kontrolle entziehen, bleibt die rechtsförmige Legitimation notwendigerweise beschränkt.<sup>94</sup>

Die Unterscheidung zwischen wirtschaftlicher Macht und der Macht von Sachverständigen lässt sich auch an den Ursachen festmachen, die eine Kooperation der Verwaltung mit sozial mächtigen Akteuren notwendig machen. Denn es sind zwei Aspekte unterscheidbar: Es könnte mit diesem Erfordernis gemeint sein, dass die Verwaltung nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, um das geltende Recht effektiv durchzusetzen. Dann wäre die normative Geltung des Rechts nicht berührt, und es müsste allein die Verwaltung so gestärkt werden, dass das Recht durchgesetzt werden kann. Die erforderlichen Ressourcen hierfür sind Geld oder Infrastrukturen.<sup>95</sup> Solche Mittel können allenfalls von ökonomisch starken Akteuren zur Verfügung gestellt werden. Dagegen weist Habermas' Deutung meines Erachtens noch in

---

<sup>93</sup> Allerdings muss auch schon der Sozialstaat seine Bevölkerung und deren Bedürfnisse erfassen, und so erlangte die Expertise der Statistiker bereits im 19. Jahrhundert eine große Bedeutung für die Regierungen. Vgl. dazu Porter (1995).

<sup>94</sup> Weingart (2001: 67f.) sieht hier im wissenschaftlichen Ethos eine zwar indirekte, aber ausreichende Legitimationsbasis, da die soziale Organisation der Wissenschaften, in der allein Argumente zählen sollen, das Modell für die soziale Organisation demokratischer Herrschaftsformen abgibt.



eine zusätzliche Richtung, die sich abzeichnet, wenn Expertise zur Ressource wird:<sup>96</sup> Nicht die Mittel fehlen, sondern die Legitimationsgrundlagen der Rechtswirklichkeit, die von den Behörden erzeugt wird, ist unzureichend. Die Verwaltung kann sich nicht mehr auf die Geltung des Rechts und dessen demokratische Genese berufen, um vorgegebenes Recht durchzusetzen. So kann sie keine verbindlichen Rechtfertigungen mobilisieren, die die rechtserhebliche Typologie und den Rahmen, in dem zwischen den maßgeblichen Akteuren zu kooperieren sei, bereits festlegen. Der Gesetzgebungsprozess gibt diesen Rahmen nicht mehr vor, sondern dieser muss durch die Verwaltungen präzisiert werden. Hier geht es nicht um Geldmittel und Infrastrukturen für die Durchsetzung von bereits geltendem Recht. Vielmehr hat die Zusammenarbeit zwischen Verwaltung und Sachverständigen zum Ziel, geltendes Recht überhaupt soweit zu präzisieren, dass es vollzogen werden kann. Die Verwaltung sucht die Kooperation nicht bloß, weil ihr die Mittel im Vollzug fehlen, sie bedarf dieser Kooperation, weil eine klare Formulierung des geltenden Rechts noch aussteht und diese in der Zusammenarbeit erst gewonnen wird. Kurz: Die Ohnmacht der Behörden aus finanzieller Schwäche führt zu anderen Allianzen als diejenigen, die aufgrund unzureichend präzisierter Gesetzgebungen angestrebt werden. Diese Analyse der Legitimationsprobleme der Verwaltung zeigt, dass die Kooperation mit sozial mächtigen Akteuren die Unabhängigkeit der Behörden gefährdet, sowie das Gewaltmonopol des Staates und die Souveränität des Rechts untergräbt. Statushierarchien begründen Entscheidungen, so dass der Anspruch auf gleiche Teilhabe an der Ausgestaltung der Rechtswirklichkeit nicht gewährt wird. Statushierarchien gefährden die demokratische Genese des Rechts durch den Rückgriff auf eine Macht, die sich darin äußert, dass behördliche Entscheidungen nicht mehr inhaltlich sondern allein durch den Verweis auf allgemeine Kompetenzen der Entscheidungsträger gerechtfertigt werden. Ein solcher Verweis ist aber illegitim, wenn die geltend gemachte Kompetenz nicht durch Rechtsnormen gedeckt ist. Im Falle ökonomischer Macht ist der Missbrauch daher leichter festzustellen als bei der Machtentfaltung von Sachverständigen, deren Mitsprache bei der effizienten und pragmatischen Umsetzung von Rechtsnormen durch die Behörden grundsätzlich gefragt ist. Die Unterscheidung unterschiedlicher Formen von Macht erlaubt nun in einem Zwischenschritt von der soziologischen hin zur normativen Frage zu klären,

---

<sup>95</sup> Siehe Habermas (1992: 525).

<sup>96</sup> Habermas (1992: 525) erwähnt allerdings die ökonomischen und epistemischen Ressourcen ohne weitere Differenzierung im gleichen Argumentationszusammenhang.

inwiefern die Naturalisierungen und „sekundäre Naturwüchsigkeit“<sup>97</sup> die Kooperation zwischen Verwaltung und Sachverständigen zu einem Phänomen illegitimer Machtentfaltung macht.

Aufgrund der obigen Bestimmung illegitimer sozialer Macht erweisen sich die Entscheidungen über die Rechtswirklichkeit deshalb als stoßend, weil sie manchen Akteuren einen Status und eine damit verbundene Macht zugestehen, die nicht durch rechtsstaatliche Normen legitimiert werden. Diese Macht entfaltet sich bei der epistemischen Rationalisierung der Typologien rechtserheblicher Sachverhalte unabhängig vom (möglicherweise zusätzlichen) Einfluss auf die Gesetzgebung. Das Gewaltmonopol des Staates löst sich in Kooperationen auf, die nun nicht mit Demokratisierung gleichgesetzt werden dürfen, da die Kooperation von Statushierarchien abhängig wird, die der demokratisch gesicherten Gleichheit diametral widersprechen. Die Souveränität des Rechts entgleitet den staatlichen Behörden, sobald die Verwaltung Kooperationen mit Sachverständigen eingeht, um die Konkretisierung von regulativem Recht zu gestalten. Doch solange dieser Prozess weder in demokratischen noch in rechtsstaatlich gesicherten Foren erfolgt, die die Chance auf Teilnahme unabhängig vom Status garantieren sollen, bleibt die Legitimierung der Ergebnisse unzureichend. Die Präzisierung des funktionalen Rahmens, durch den die Typologie von rechtserheblichen Sachverhalten und legalen Rechtsfolgen abgesteckt wird, ist nicht mehr Ausdruck einer demokratischen Genese des Rechts, sondern spiegelt die bevorzugten Denkmuster der Sachverständigen wider.

Diese Denkmuster werden gegenüber Dritten nicht mehr gerechtfertigt. Manche Betroffene fühlen sich daher durch die Handlungsweise der Behörden übergangen und missachtet. Unter Umständen versuchen sie andere für ihren Standpunkt zu mobilisieren, indem sie sich selbst organisieren oder ihre Anliegen mit Hilfe von Nichtregierungsorganisationen medial verstärken lassen. Beispiele hierfür sind Freisetzungsversuche mit gentechnisch veränderten Pflanzen, die von Teilen der betroffenen Anrainer – zusammen mit Umweltaktivisten medial inszeniert – bekämpft werden,<sup>98</sup> oder auch die Selbsthilfe von AIDS-Kranken, die die Zulassungsbestimmungen der Gesundheitsbehörden für neue Medikamente erfolgreich kritisiert haben.<sup>99</sup> Solcher Druck kann dazu führen, dass die Zusammensetzung von Beratungsgremien und die entsprechenden Machtverhältnisse angepasst

---

<sup>97</sup> Habermas (1992: 519)

<sup>98</sup> Z.B. die Zerstörung von Versuchsfeldern mit gentechnisch veränderten Pflanzen durch Greenpeace-Aktivisten im Juli 1999 in Großbritannien; vgl. dazu Stehr (2003: 113).

werden.<sup>100</sup> Allerdings wird auf diese Weise nur die Missachtung derjenigen aufgehoben, die sich erfolgreich gegen die Behörden und deren Allianzen mit sozial mächtigen Akteuren wehren, indem sie selbst so viel soziale Macht aufbauen, dass sie am Ende nicht mehr ignoriert werden können.

Solange aber die Missachtung durch soziale Gegenmacht behoben wird und nicht im Rahmen rechtsstaatlicher Verfahren beseitigt wird, in denen Rechtsfertigungsansprüche wechselseitig eingelöst werden, bleibt deren Bewältigung prekär. Der punktuelle Einbezug von bisher übergangenen Akteuren ändert unter diesen Voraussetzungen nichts daran, dass rechtsstaatliche Prinzipien missachtet werden, wenn die Teilnahme an der Ausgestaltung der Rechtswirklichkeit auf dem sozialen Status beruht. Zwar werden bisher übergangene Akteure nicht mehr missachtet, aber das rechtsstaatliche Prinzip wird weiterhin nicht ernst genommen und führt dazu, dass wieder andere Personengruppen und deren Argumente von den Entscheidungsprozessen ausgeschlossen bleiben.

Bei der Missachtung konkret Betroffener treten zunächst deren Ansprüche und Interessen in den Fokus der Aufmerksamkeit. Sobald diesen Gehör verschafft wird, fällt der konkrete Anlass der Missachtung dahin. Wird hingegen allgemeiner nach den Bedingungen der Möglichkeit von Machtmissbrauch und Missachtung gefragt, dann stehen nicht mehr die konkreten Personengruppen und deren Anliegen im Mittelpunkt. Vielmehr zeigt sich dann, dass das Gefühl der Missachtung allgemein damit gerechtfertigt wird, dass das demokratische Prinzip des Rechtsstaates missachtet wird, das die gleiche Mitsprache verlangt.<sup>101</sup> Diese Mitsprache erschöpft sich nicht

---

<sup>99</sup> Dieser Kampf um das Design der wissenschaftlichen Studien und Zulassungsverfahren ist in Epstein (1997) dargestellt.

<sup>100</sup> Jasanoff (1997) analysiert die Konsequenzen für die Umweltaktivisten, sobald diese nicht mehr von außen die Behörden kritisieren, sondern in den Beratungsgremien der Regierungen Einsitz nehmen. Die Nichtregierungsorganisationen verlieren dabei ihre Unabhängigkeit die ihnen erlaubt, die institutionalisierten Grenzziehungen in Frage zu stellen, die insbesondere die Landkarte der maßgeblichen Wissensbestände und Interessensvertreter zeichnen.

<sup>101</sup> Fraser spricht in diesem Zusammenhang – in impliziter Anlehnung an Habermas' kommunikative Gleichheit in der idealen Sprechsituation – von partizipatorischer Gleichheit oder partizipatorischer Parität, die „gesellschaftliche Vorkehrungen [erfordert], die allen (erwachsenen) Gesellschaftsmitgliedern erlauben, miteinander als Ebenbürtige zu verkehren.“ Diese Vorkehrungen müssen gemäss Fraser die objektive Bedingung gewährleisten, dass alle über den gleichen Zugang zu materiellen Ressourcen und zum Stimmrecht verfügen, sowie die intersubjektive Bedingung erfüllen, dass gleicher Respekt gegenüber kulturellen Wertmustern und Chancengleichheit hinsichtlich gesellschaftlicher Achtung besteht. Dagegen gründet Honneth die Bedingung möglicher Missachtung in der moralpsychologischen „Erläuterung des Umstands, dass die gelingende Identitätsbildung eine gesellschaftliche, »öffentliche« Seite besitzt“, und „dass das Worumwillen der sozialen

allein auf die Verfahren der Gesetzgebung, sondern sie muss auch bei der Ausgestaltung der Rechtswirklichkeit sichergestellt sein, da sich die konkrete Rechtswirklichkeit – und nicht bloß die abstrakten Rechtsnormen – als legitim erweisen muss. Die soziologische Analyse verweist hier auf die zweite normative und epistemologische Stufe der Untersuchung illegitimer Machtentfaltung.

Die Kooperation der Verwaltung mit Sachverständigen ist rechtsstaatlich deshalb problematisch, weil auf diese Weise anhand einer sozialen Statushierarchie eine Auswahl getroffen wird, wer an den Aushandlungsprozessen teilnehmen kann. Mit welchen Handlungszusammenhängen sich diese Akteure identifizieren, ist ausschlaggebend für die Typologie rechtserheblicher Sachverhalte, die das Ergebnis der Zusammenarbeit von Verwaltung und Sachverständigen bildet. Die Typologie, die ein wesentlicher Pfeiler der Rechtswirklichkeit ist, sitzt dann auf Statushierarchien und sozialen Grenzziehungen auf. Solche Grenzziehungen widersprechen formal dem rechtsstaatlichen Prinzip demokratischer Gleichheit. Tatsächlich lässt sich dieser Anspruch nicht erfüllen, denn in Wirklichkeit ist die Beteiligung aller nicht möglich. Der Anspruch entfaltet seine Wirksamkeit dadurch, dass gegenüber niemandem verweigert werden darf, dass die gefällte Entscheidung gerechtfertigt wird. Auf diese Weise soll niemand von der Rechtfertigung der Entscheidung ausgeschlossen bleiben, auch wenn nicht alle an der Entschlussfassung selbst beteiligt werden können. Die Beteiligung schließt also weniger Personen als vielmehr Argumente ein, die für oder gegen die Berücksichtigung bestimmter Sachverhalte bei der Normenanwendung sprechen. Insofern genügt die bloße Transparenz der Entscheidungsprozesse allein nicht, da dann mögliche Einwände bloß asymmetrisch von den Beteiligten vorgebracht werden können. Vielmehr bedeutet diese Forderung, dass Typologien gerechtfertigt werden müssen und nicht einfach naturalisiert werden dürfen. Es handelt sich hier um die epistemische Klärung der rechtserheblichen Sachverhalte, wie sie beispielhaft bei der Frage nach der wahren Beschaffenheit von gentechnisch veränderten Lebensmitteln erörtert wurde.

Die Machtentfaltung der Sachverständigen ist eine rechtstheoretische Knacknuss, weil deren Denkmuster und Argumentationsweisen unter Umständen besondere Handlungszusammenhänge nicht berücksichtigen. Nicht mangelnde Interessensvertretung wie im Gesetzgebungsverfahren bildet die Herausforderung, sondern die unzureichende Erfassung der maßgeblichen Sachverhalte im Lichte lebensweltlicher

---

Gleichheit die Ermöglichung der persönlichen Identitätsbildung für alle Gesellschaftsmitglieder zu sein hat“ (Fraser & Honneth, 2003: 54-56, Zitat 54f.; 207-209, Zitate 208 und 209).

Handlungszusammenhänge. Folglich richtet sich die Kritik illegitimer Machtentfaltung dagegen, dass wichtige Argumente und Anliegen nicht gehört werden. Da die Entscheidungen über die Typologie rechtserheblicher Sachverhalte vom Handlungszusammenhang abhängen, der als maßgeblich unterstellt wird, können identitätsstiftende Praktiken und die damit zusammenhängenden Situationsdeutungen in den Entscheidungen der Behörden unberücksichtigt bleiben. Typologien verwirklichen die Rechtsauffassung der Behörden und bestimmen den paradigmatischen Blickwinkel, unter dem Anwendungsfälle auf rechtserhebliche Zusammenhänge untersucht werden. Die Typologien wie die Praktiken der Behörden gründen in sekundären Naturwüchsigkeiten, da sie nicht unmittelbar auf einer primären Natur der Sache sondern auf praktischen Handlungszusammenhängen beruhen. Gerade bei der Regulation von Technologien sind Naturalisierungen unvermeidlich, da es keine primäre Naturwüchsigkeit unabhängig von Handlungszusammenhängen gibt. So gibt es, wie im obigen Beispiel ausführlich gezeigt wurde, keine vorgängige Natur gentechnisch veränderter Lebensmittel. Was diese sind, wird erst kraft regulatorischer Naturalisierungen fassbar. Sachverständige können sich dann ebenso wenig wie die Personen, die Missachtung ihrer Argumente vorwerfen, auf eine unveränderliche Natur der Sache berufen. Das subjektive Gefühl der Missachtung zeigt dann zunächst an, dass eine Person ihre identitätsstiftenden Praktiken bedroht sieht; beispielsweise wenn die Möglichkeit, gentechnisch verändertes Material beim Essen absolut zu vermeiden, dadurch dem Individuum entzogen wird, dass Spuren nicht mehr kennzeichnungspflichtig sind. Solche Einschränkungen der individuellen Autonomie werden mittels rechtlich verbindlicher Naturalisierungen in den Alltag eingeführt. Selbstverständlichkeiten, die Personen in ihren Praktiken und in ihrem autonomen Handeln leiten, werden durch die behördlichen Standardisierungen und Kriterien verdrängt. Da diese Kriterien die epistemischen Entscheidungen bei der Normenanwendung strukturieren, lässt sich diese Form der Missachtung allein durch Rechtsnormen nur unzureichend beheben.

### *1.2.3 Missachtungen, Rechtfertigungen und Naturalisierungen*

An der illegitimen Machtentfaltung der Sachverständigen in den Behörden ist stoßend, so lässt sich die obige Analyse zusammenfassen, dass identitätsstiftende Praktiken und die dazugehörigen Situationsdeutungen bei der Bestimmung der rechtserheblichen Sachverhalte unbeachtet bleiben, so dass die Betroffenen mit einer

Rechtswirklichkeit konfrontiert werden, an deren Gestaltung sie nicht beteiligt wurden.

Eine besondere Form der Missachtung wird bei der Normenanwendung von Regulationsmaßnahmen erfahren, wenn sich die Macht der Sachverständigen entfaltet. Deren Modelle der Welterschließung werden zu rechtlich verbindlichen Situationsdeutungen, so dass sich die Rechtswirklichkeit auf Naturalisierungen abstützt, die einseitig vorgeschrieben und nicht gerechtfertigt werden. Zur Vorbereitung der Empfehlung angemessener institutioneller Gegenmaßnahmen müssen die Bedingungen der Möglichkeit von solchem Machtmissbrauch und der daraus resultierenden Missachtung genauer untersucht werden. Allerdings genügt es nicht, allein Missachtung oder Machtgebrauch nachzuweisen, da damit nicht geklärt ist, ob die ange-mahnten Handlungsweisen wirklich illegitim sind. Der Eindruck, dass demokratische Prinzipien des Rechtsstaates verletzt werden, der eben genannt wurde, erklärt nur das Gefühl der Missachtung. Dieses reicht aber nicht aus, um zu begründen, dass auch tatsächlich ein Machtmissbrauch vorliegt.

Gefühle der Missachtung allein können noch keine Ansprüche rechtfertigen, aber sie sind analytisch mit Urteilen des Tadels verbunden.<sup>102</sup> Denn nur schon aus dem Umstand, dass ich mich unrecht behandelt fühle, folgt nicht schon, dass ich auch tatsächlich so behandelt werde; insbesondere wären spätestens dann unauflösbare Widersprüche unvermeidlich, wenn die je subjektiven Gefühle zu kontradiktorischen Ansprüchen führten. Gleichwohl wäre es irreführend, diesen Gefühlen jeglichen Gehalt absprechen zu wollen. Denn sie sind Anzeichen für mögliche Ungerechtigkeiten, obschon sie keine Mechanismen zur eindeutigen Feststellung von Ungerechtigkeiten sind. Wird das Gefühl der Missachtung als eindeutiger Indikator missverstanden, bleibt unbeantwortet, wie mit widersprechenden Wahrnehmungen derselben Situation umgegangen werden soll. Denn wie verhält sich unter diesen Annahmen das Gefühl von Einzelnen, missachtet zu werden, zum Gerechtigkeitsempfinden anderer, die dieses Gefühl offenbar nicht teilen? Offensichtlich zählt nicht das Gefühl, sondern vielmehr die Fähigkeit, das Unrechtsempfinden und damit das Unrecht selbst darlegen zu können. Das Gefühl der Missachtung ist dann nur ein anfechtbarer Indikator für mögliches Unrecht, aber es zeigt das Unrecht nicht schon an, da dieses Gefühl für andere unbegründet erscheinen mag. Andererseits erweckt diese Formulierung den Anschein, dass das Gefühl eher zufällig in richtiger oder

---

<sup>102</sup> Zur Phänomenologie moralischer Gefühle wie Empörung, Zorns und Scham sowie der Identität von Personen als Mitgliedern der Gesellschaft siehe Tugendhat (1993b: 34-40).

falscher Weise auf der Rechtfertigung aufsitzt, ohne dass das Gefühl mit der Begründung von Recht und Unrecht zusammenhängt. Wenn das richtige Gerechtigkeitsempfinden tatsächlich so ungebunden wäre, würden einige Menschen zufällig ein falsches andere hingegen das richtige Gerechtigkeitsempfinden besitzen. Das müsste bedeuten, dass Gerechtigkeitsempfindungen in einer Subjektivität befangen blieben, die weder intersubjektiv erschließbar noch rationalisierbar wäre, und es müsste der Schluss gezogen werden, dass derlei Gefühle keinerlei Bedeutung für die Rechtfertigung von Handlungserwartungen hätten.

Die Brücke zwischen dem subjektiven Gefühl der Missachtung und der intersubjektiven Rechtfertigung schlägt Habermas' Universalisierungsprinzip.<sup>103</sup> Die wechselseitige Rechtfertigung gründet in subjektiven Wahrnehmungen davon, ob die zu erwartenden Folgen akzeptabel für die jeweils betroffene Person sind. Die partikularen Wahrnehmungen Einzelner, zu denen auch Gefühle der Missachtung zählen, sind die Quelle, aus denen wechselseitige Rechtfertigungen ihre Substanz beziehen. Diese subjektiven Wahrnehmungen lassen sich insofern kognitiv erschließen, als sie auf Situationsdeutungen und einer Gerechtigkeitsauffassung beruhen, deren allgemeine Gültigkeit durch wechselseitige Rechtfertigungen geklärt werden kann. Während die Gerechtigkeitsauffassungen auf allgemeinen Handlungserwartungen und -prinzipien beruhen, greifen die Betroffenen bei ihren Situationsdeutungen auf Typologien zurück.

Die langsamen und stetigen Verschiebungen im Rechtsverständnis können dadurch erklärt werden, dass die wechselseitige Begründung auf verschiedene Prinzipien sowie Typologien abstellt, deren grundsätzliche Geltung nicht in Frage gestellt wird und die erlauben, dass die wechselseitigen Begründungen nachvollziehbar werden. Auf diese Weise wird ein übergreifendes Rechtsverständnis möglich, das an das subjektive Gerechtigkeitsempfinden gekoppelt bleibt, dieses übersteigt und gleichwohl im Wechselspiel mit diesen Wahrnehmungen wandelbar ist. Die Koppelung sowie der Wandel beruhen auf der Artikulation und Erläuterung von subjektiven Wahrnehmungen, die eine Doppelrolle spielen, da sie zum einen Aussagen subjektiven Empfindens sind, deren Wahrhaftigkeit kaum hinterfragt wird, und zum anderen zunächst unhinterfragte Geltungsansprüche vorbringen, deren intersubjektive Geltung geklärt werden muss. Bei diesen intersubjektiven Rechtfertigungen können Kontroversen über die Maßgeblichkeit von Typologien und Prinzipien auftauchen.

Die Gleichbehandlung unter den Individuen pendelt zwischen diesen beiden Polen: der Anerkennung der individuellen Wahrhaftigkeit der Gefühle sowie der personalen Identität und der wechselseitigen Rechtfertigung.<sup>104</sup>

Habermas entwickelt die Grundsätze der Gleichbehandlung aus den Arten von Geltungsansprüchen, die in Disputen um die Rechtfertigung von Normenanwendungen eingelöst werden müssen. Konflikte widerstreitender Situationsdeutungen entstehen demnach aus Effizienzüberlegungen bei zweckrationalem Handeln, während Konflikte über die angemessene Gerechtigkeitsauffassung auf Legitimationsüberlegungen beruhen, die kommunikativ ausgehandelt werden.<sup>105</sup> Demnach wird das Problem angemessener Situationsdeutungen und Typologien in Effizienzüberlegungen verortet, während Normenkonflikte als eigentliches Legitimationsproblem übrig bleiben.

Auf diese Weise bringt die Normenanwendung Effizienzüberlegungen ins Spiel, die nichtsdestotrotz weiterhin dem Anspruch auf Legitimität des Rechts unterworfen sind, soll die Anwendung im Rahmen des Rechts verbleiben. Wie aber Effizienzüberlegungen ins Recht eingepasst werden sollen und welche Autonomie sie gegenüber Normenbegründungen haben, bleibt damit unbeantwortet. Fest steht bisher allein, dass das Gefühl der Missachtung in der Normenanwendung sich daran entzündet, dass dieser Anspruch auf Legitimität – auf der Grundlage angemessener Gleichbehandlung – anscheinend nicht eingelöst wird, wenn Sachverständige ihre Modelle unhinterfragbar als Natur der Sache und verbindliche Situationsdeutungen in die Rechtswirklichkeit einbringen.

---

<sup>103</sup> Habermas, Jürgen. 1983. "Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm". *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp. 53-125, 103.

<sup>104</sup> Habermas (1981a: 439; 1983) beispielsweise entwickelt die Diskurstheorie aus sprachlich vermittelten Interaktionen und daraus, dass Geltungsansprüche wechselseitig eingelöst werden, während Honneth auf eine moralpsychologisch fundierte Theorie der Anerkennung baut, und Fraser wiederum spricht allgemeiner und vager von partizipatorischer Parität oder partizipatorischer Gleichheit (Fraser & Honneth, 2003).

<sup>105</sup> Diese für das Werk von Jürgen Habermas fundamentale Unterscheidung formulierte er bereits 1968 folgendermaßen: „Unter »Arbeit« oder *zweckrationalem Handeln* verstehe ich entweder instrumentales Handeln oder rationale Wahl oder eine Kombination von beiden. Instrumentales Handeln richtet sich nach technischen Regeln, die auf empirischem Wissen beruhen. [...] Unter *kommunikativem Handeln* verstehe ich andererseits eine symbolisch vermittelte Interaktion. Sie richtet sich nach obligatorisch *geltenden Normen*, die reziproke Verhaltenserwartungen definieren und von mindestens zwei handelnden Subjekten verstanden und anerkannt werden müssen.“ Habermas (1968: 62).



### 1.2.3.1 Legitimation und Effizienz

Habermas untersucht die „Tendenzen zur Verselbständigung illegitimer Macht“<sup>106</sup> vor dem Hintergrund von zwei verschiedenen Prinzipien: Legitimation und Effizienz.<sup>107</sup> Die Legitimation verlangt, dass der normative Anspruch auf Beteiligung aller an den Entscheidungen eingelöst wird. Dagegen wird der Anspruch auf Effizienz durch die richtige Wahl der Mittel bestimmt, die zur Erreichung eines vorgegebenen Zieles eingesetzt werden. Da es sich um die Kenntnis der Wirkweise verfügbarer Instrumente handelt, ist dieser Anspruch epistemischer Natur und orientiert sich an der Wahrheit, der unterstellten Zweck-Mittel Beziehungen.

Wird die Verwaltungstätigkeit an solchen effizienzorientierten Kriterien gemessen, dann sind die Ressourcen, die dem Staat zur Verfügung stehen, einerseits Expertenwissen für die Planung effizienter Lösungen und andererseits Geld zu deren Umsetzung. Die Verwaltung bezieht pragmatische oder ökonomische Macht, die außerhalb staatlicher Legitimationsverfahren entfaltet wurde. Habermas wendet sich dieser bereits angesprochenen Übernahme von Statushierarchien im Recht zu und erläutert, dass in einem funktionalistischen Verständnis des Rechtsstaates die zunehmende Verselbständigung der Staatsaufgaben mit deren scheinbaren „Tendenz zur Versachlichung“<sup>108</sup> zusammenfällt. Demnach müssten die Verwaltungen – so interpretiert Habermas die funktionalistische Deutung – „indem sie auf einen kognitiven Handlungsmodus umstellen, von den normativen Mitteln des Rechts Abstand nehmen.“<sup>109</sup> Doch gemäss Habermas führt die Zunahme an Sachfragen gerade nicht dazu, dass sich die Verwaltung den Ansprüchen legitimen Rechts entziehen kann. Nur wenn dies richtig wäre, müsste der autonomen Orientierung gegenüber der Wahrheit von Effizienzbehauptungen gegenüber der Legitimation der Rechtswirklichkeit Eigenständigkeit – und demzufolge im Anwendungsfall Vorrang – eingeräumt werden. Der funktionalistischen Sichtweise hält Habermas deshalb entgegen, dass allfällige Effizienzerwägungen nach wie vor im Rahmen der Gestaltung der Rechtswirklichkeit erwogen werden, so dass die Legitimität gegenüber der Effizienz weiterhin Vorrang besitzt.<sup>110</sup>

Der Expertenstatus entbindet nicht von der Begründungspflicht. Solange diese Pflicht sich darauf beschränkt, zu erklären, warum die gewählten Maßnahmen für

<sup>106</sup> Habermas (1992: 519).

<sup>107</sup> Zur Spannung zwischen Effizienz und Legitimität siehe auch Habermas (1992: 525f., 531, 535).

<sup>108</sup> Habermas (1992: 525).

<sup>109</sup> Habermas (1992: 525).

ein vorgegebenes Ziel am zweckmäßigsten erscheinen, bewegt sich die Begründung auf dem Boden von Wahrheitsansprüchen. Die Frage ist dann allein, ob es wahr ist, dass die gewählte Maßnahme das Ziel mit geringstmöglichem Ressourcenverbrauch erreicht. Aber Antworten auf derartige Fragen setzen voraus, dass der funktionale Rahmen und die Typologie relevanter Ausgangsbedingungen und Ergebnisse bereits festgelegt sind. Wenn diese Bedingungen nicht erfüllt sind, muss deren Festlegung der Wahl der geeigneten Maßnahmen vorausgehen. Ohne die demokratische Legitimation dieser Wahl programmiert sich die Verwaltung selbst, und sie wird „die im klassischen Gewaltenteilungsschema vorgesehene Neutralität im Umgang mit normativen Gründen aufgeben.“<sup>111</sup> Dieses klassische Schema sieht vor, dass in den Gesetzgebungsverfahren der Legislative die normativen Fragen geklärt werden und der Konsens in Rechtsnormen gefasst wird, während der Vollzug durch die Justiz und die Exekutive diese vorgegebenen Rechtsnormen pragmatisch anwendet.

Diese klassische Darstellung sieht keine Wahl zwischen funktionalen Rahmen oder Typologien vor, da unterstellt wird, dass die zu Grunde gelegte Ordnung vor aller rechtlichen Satzung eindeutig sei. Diese Annahme ist aber bestenfalls für den Idealtypus des liberalen Rechtsstaates zulässig, der allein die Ordnung der Wirtschaftsgesellschaft garantieren soll. Unter solchen Umständen müssen auch keine Verfahren festgesetzt werden, mit denen dem „Kontingentwerden der Maßstäbe“<sup>112</sup> der Rechtsanwendung begegnet werden könnte. Im Sozial- wie im Präventionsstaat orientiert sich der Staat dagegen nicht mehr am Erhalt einer einzigen Ordnung, so dass er mit einem Pluralismus von Ordnungen und möglichen Typologien konfrontiert wird. Die angebliche Versachlichung entpuppt sich als Festigung sekundärer Naturwüchsigkeit bestimmter Ordnungen und Typologien, die ermöglicht, normative Rechtfertigungsansprüche mit dem Verweis auf vorgeblich unverrückbare Tatsachen abzuwehren. Als Ergebnis fasst Habermas zusammen:

Die technokratische Verleugnung und empiristische Umdefinition der vor Ort unentscheidbaren praktischen Fragen führt keineswegs zu einer versachlichten Problemverarbeitung; sie hat vielmehr die sekundäre Naturwüchsigkeit einer »kriterienlosen Kompatibilisierung von Wertkomplexen« [...] zur Folge.<sup>113</sup>

Eine technokratische Betrachtung der Probleme übersieht, dass praktische Fragen erst dann sachlich beantwortet werden können, wenn die maßgeblichen Handlungszusammenhänge geklärt sind. Diese müssen nicht nur bezüglich der Handlungser-

---

<sup>110</sup> Habermas (1992: 236; 525f.).

<sup>111</sup> Habermas (1992: 526).

<sup>112</sup> Habermas (1992: 518f.).

<sup>113</sup> Habermas (1992: 526f.).

wartungen durch Normen rationalisiert sein, sondern ebenso müssen die geltenden Typologien festgelegt sein. Die empiristische Umdefinition schließt den Aushandlungsprozess über die Typologien kurz, indem die Natur der rechtserheblichen Sachverhalte an die sekundären Naturwüchsigkeiten der Modelle der Sachverständigen gebunden wird. Differenzen, die sich aus unterschiedlichen Handlungszusammenhängen, Typologien und Wertkomplexen ergeben könnten, werden auf diese Weise beiseite naturalisiert.

Die zitierte „technokratische Verleugnung und empiristische Umdefinition“ sind die spezifischen Mechanismen, die Machtmissbrauch und Missachtung in der Verwaltungstätigkeit möglich machen. Denn sie verdrängen die normativen Aspekte bei der Präzisierung von Regulationsmaßnahmen und bei der Rechtfertigung der gewählten Rechtswirklichkeit. Die soziale Macht der Sachverständigen wirkt auf einer epistemischen Ebene: Diese gestalten die Rechtswirklichkeit, indem sie die Handlungsräume und die Rechtfertigungsgrundlagen mit ihren sekundären Naturalisierungen erzeugen. Dagegen beruht die ökonomische Machtentfaltung darauf, über die Ressourcen zu verfügen diese Handlungsräume auszuloten und zu besetzen, so dass für andere Sachzwänge entstehen.

Die angemessene Institutionalisierung kann nicht damit enden, die Sachverständigen daran zu erinnern, dass ihre Entscheide zu praktischen Fragen kraft ihrer Modelle beschränkt sind, sich an Werten orientieren und nie pragmatisch neutral sind.<sup>114</sup> Dies genügt nicht, da es nicht um den individuellen Ethos der Sachverständigen sondern um die Einrichtung von Entscheidungsverfahren geht, wie Habermas bemerkt:

Diese praktischen Fragen lassen sich aber nicht unter Effektivitätsgesichtspunkten entscheiden, sondern verlangen einen rationalen Umgang mit normativen Gründen. Einer im kognitiven Stil arbeitenden Verwaltung fehlen dafür die Kommunikationsvoraussetzungen.<sup>115</sup>

Mit Effektivitäts- und Effizienzerwägungen allein können praktische Fragen ohne vorhergehende Entscheide über die Typologien nicht beantwortet werden. Praktische Fragen schließen normative Erwägungen ein, so dass die Entscheidungsverfahren sich gegenüber solchen Gründen nicht verschließen können. Da normative Geltungsansprüche nach der Diskurstheorie nicht monologisch sondern unter spezifischen Kommunikationsbedingungen eingelöst werden müssen, können praktische Fragen

---

<sup>114</sup> Zum Expertendilemma siehe etwa Lübke (1997).

<sup>115</sup> Habermas (1992: 526).

nur dann eine gültige Antwort finden, wenn die entsprechenden Voraussetzungen der Kommunikation institutionalisiert sind.

Mahnrufe an das Wertebewusstsein der Sachverständigen schaffen möglicherweise ein hohes Maß an individueller Aufmerksamkeit bezüglich der Werte, die die Entscheidungen leiten. Aber auf diese Weise werden keine institutionellen Verfahren bezeichnet, mit denen die notwendigen Kommunikationsvoraussetzungen geschaffen werden, die einen rationalen Umgang mit normativen Gründen überindividuell organisieren. Die soziale Macht der Sachverständigen wird nicht durch institutionalisierte Gegenmaßnahmen aufgelöst, sondern durch den Appell an deren Bewusstsein bloß bekräftigt. Denn im diskurstheoretischen Sinn impliziert ein rationaler Umgang mit normativen Gründen gerade, dass die Teilnahme an der wechselseitigen Rechtfertigung nicht einseitig – beispielsweise durch den Status von Sachverständigen – eingegrenzt wird. Der Mahnruf an die Sachverständigen, sich ihrer Werthaltungen bei den Entscheidungen bewusst zu sein, untermauert dagegen implizit diese Statusgrenze. Denn diese Forderung führt allenfalls zur Transparenz der Entscheidungen, nicht aber dazu, Einfluss auf die Entscheidungen nehmen zu können.

#### *1.2.3.2 Effizienz, Status und rechtsförmige Kommunikation*

Die Argumentation von Habermas zeigt auf, dass es nicht ausreicht, Effizienzerwägungen offen zu legen, da auf diese Weise, dem Anspruch auf eine demokratische Genese des Rechts, die der Rechtswirklichkeit die erforderliche Legitimation verleiht, nicht bereits genüge getan wird. Die Verselbständigung der Verwaltung folgt für ihn aus der Umkehrung der Hierarchie der beiden Prinzipien Legitimität und Effizienz. Angemessene Voraussetzungen der Kommunikation sind demzufolge dann institutionalisiert, wenn der Rechtfertigungsdruck auf die Verwaltung aufrecht erhalten bleibt und Effizienzerwägungen die Verwaltungstätigkeit nicht mehr monopolisieren können. Dies ist mit bloßer Transparenz nicht erreicht, solange die Entscheidungskompetenzen monopolisiert bleiben.

Die Analyse der Krise des Rechtsstaates gründet daher im Befund, dass die stetige Umdeutung normativer Fragen in Sachfragen möglich wird, weil die institutionalisierten Verfahren fehlen, in denen die Rechtfertigung der Verwaltungstätigkeit in wechselseitiger Absprache mit allen eingefordert werden kann. Solange dieses institutionelle Vakuum besteht, werden die behördlichen Maßnahmen vielmehr in Abstimmung mit sozial mächtigen Akteuren ausgehandelt. Die Ohnmacht der Verwaltung, ihre Entscheidungen darüber, welche Sachverhalte als rechtserheblich zu be-

trachten seien, angemessen zu rechtfertigen, hat zur Folge, dass die potentiell mächtigsten Kritiker in die Aushandlungsprozesse eingebunden werden, um zumindest soziale Stabilität – wenngleich auch keine Legitimität – zu erzielen.

Die Darlegung der angemessenen Institutionalisierung der Entscheidungsverfahren führt die Hierarchie von Prinzipien mit der Statushierarchie zusammen. Aber indem die Analyse von den zu Grunde gelegten Prinzipien ausgeht, die je verschiedene Diskurstypen und Voraussetzungen für die Einlösung von Begründungs- und Rechtfertigungsansprüchen konstituieren, bleibt die Untersuchung nicht bei einer empirischen Diagnose der Machtkonstellationen mit deren vielfältigen individuellen Motiven stehen. Vielmehr wird im zweiten Schritt – der Analyse der Grundannahmen der Argumentierenden – ein allgemeineres Begründungsgefüge mit Gründen und Argumentationsprinzipien sichtbar: Angesichts einer Rechtswirklichkeit, die auf nicht öffentlich begründeten Naturalisierungen baut, kommt es zum Widerstreit zwischen Effizienzerwägungen und Legitimitätsforderungen. Die Analyse dieses Konflikts erlaubt im dritten Schritt, konkret zu institutionalisierende Verfahren zu entwickeln, die diesen Widerstreit unter Umständen entschärfen können. Gleichmaßen wird deutlich, dass die Entkoppelung der Expertenkulturen nicht als organisiertes Machtstreben von Sachverständigen zu erklären ist, sondern an Hand des institutionellen Vakuums der rechtsstaatlichen Verwaltungstätigkeit erhellt werden muss. Dieses Vakuum eröffnet einem demokratietheoretisch unkontrollierten Eindringen von Expertisen Tür und Tor und führt zur Ohnmacht der Verwaltung gegenüber der Kritik, die behördlichen Entscheidungen seien unzureichend legitimiert. Habermas lenkt den Blick von den offensichtlichen „Tendenzen zur Verselbständigung illegitimer Macht“<sup>116</sup> hin auf deren Ursachen, die er in der angeblichen „Tendenz zur Versachlichung“<sup>117</sup> findet, die normative Fragen verdeckt und den Rechtfertigungsdruck auf die Verwaltungstätigkeit aufhebt. Bemerkenswert an Habermas' Argumentation ist, dass auch dann ein demokratietheoretischer Mangel bestehen bliebe, wenn die Verwaltung keine rechtsstaatlich stoßenden Kooperationen mit sozial mächtigen Akteuren eingehen würde. Denn seine Darstellung verortet das demokratietheoretische Defizit nicht bei der zufälligen Konstellation der Akteure, sondern weist auf die institutionellen Mängel hin, die auch dann noch vorhanden wären, wenn solche Kooperationen ausblieben und die Verwaltung die erforderlichen Präzisierungen der Regulationsmaßnahmen in eigener Regie

---

<sup>116</sup> Habermas (1992: 519).

<sup>117</sup> Habermas (1992: 525).

durchzuführen versuchte. Derlei Präzisierungen legen die Typologien paradigmatisch fest, nach denen das Recht angewendet werden soll, ohne dass die Rechtsauffassung der Verwaltung mit dem allgemeinen Rechtsverständnis in der Öffentlichkeit abgeglichen wird. Ohne diese Rückbindung ist der Rechtfertigungsdruck der Verwaltung nach außen hin aufgehoben, und entsprechend „fällt die Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit in eine sekundäre Naturwüchsigkeit zurück“<sup>118</sup>. Dies ermöglicht, den Vorrang rechtsstaatlicher Prinzipien zugunsten von Effizienzerwägungen aufzugeben.

Die Demokratietheorie und politische Theorie sieht sich weniger mit Problemen illegitimer Machtentfaltung konfrontiert, die es durch Reorganisation der Akteure und der Stärkung deren Verantwortungsbewusstseins zu unterbinden gilt, sondern sie wird durch Naturalisierungen herausgefordert, die kraft vermeintlicher Faktizität Rechtfertigungsansprüche abweisen. Die Sachverständigen entfalten ihre Macht auf einer epistemischen Ebene, indem sie mittels Naturalisierungen die Handlungsräume und Rechtfertigungszwänge gestalten. Gegen diese Art der Machtentfaltung kann nicht das Regulativ gegen soziale und insbesondere ökonomische Machtentfaltung aufgeboten werden. Dieses orientiert sich an den Handlungserwartungen gegenüber den Akteuren, indem es deren Nutzung von eigenen Ressourcen einschränkt, so dass sie die sich eröffnenden Handlungsräume nicht monopolisieren und andere mit Sachzwängen belasten können. Hingegen setzt das Regulativ, das den Einfluss der Sachverständigen korrigieren soll, nicht bei der Normierung von Handlungserwartungen an, sondern es muss die Legitimierung von Typologien rechtserheblicher Sachverhalte ins Auge fassen.

### *1.2.3.3 Rechtsparadigmen und prozeduralistisches Rechtsparadigma*

Die Rechtsfortbildung durch die Verwaltung ist nach den letzten Ausführungen insofern zu bemängeln, als Regulationsprogramme allein gestützt auf Effizienzerwägungen umgesetzt werden, die gegenüber öffentlicher Kritik mittels Naturalisierungen abgeschottet werden. Die Autorität der Sachverständigen und nicht die Erörterung der Folgen der angestrebten Rechtswirklichkeit werden zur Begründung von Regulationsmaßnahmen herangezogen.

Die beschränkte Rechtsauffassung der Sachverständigen und deren Effizienzerwägungen geben die Kriterien vor, nach denen die relevanten Tatsachen für den Vollzug ausgesondert werden, und sie umschreiben die Typologien rechtserheblicher

---

<sup>118</sup> Habermas (1992: 519).

Sachverhalte. Dadurch wird ein paradigmatischer Rahmen festgesetzt, der über die maßgeblichen Naturalisierungen der Rechtswirklichkeit entscheidet. Im Gegensatz zu Rechtsnormen geben die Rechtsparadigmen nicht Handlungserwartungen vor, sondern legen Realitätserwartungen fest, indem exemplarische Beispiele die zu erwartenden Anwendungsfälle veranschaulichen. So schreibt Habermas:

Rechtsparadigmen ermöglichen handlungsanleitende Situationsdeutungen. Sie erhellen den Horizont einer gegebenen Gesellschaft im Hinblick auf das Projekt der Verwirklichung des Systems der Rechte. Insofern haben sie eine primär welterschließende Funktion.<sup>119</sup>

Die welterschließende Funktion von Rechtsparadigmen, die dazu befähigt, konkrete Situationen für die angemessene Rechtsanwendung zu interpretieren, verdeutlicht, dass Rechtsparadigmen die epistemische Integration des Rechts in gegebene Handlungszusammenhänge sichern. Die Konstellation dieser Zusammenhänge ist historisch kontingent, da sie für eine tatsächliche Gesellschaft gilt. Daher sind die Rechtsparadigmen ebenso einem gesellschaftlichen Wandel unterworfen, der gemäss Habermas darauf hinzielt, das Projekt der demokratischen Reflexion und Selbstgesetzgebung voranzutreiben. Dieses Projekt wird unzureichend umgesetzt, wenn im Grunde genommen die Rechtsauffassung der Sachverständigen bei der Verwirklichung des Rechts die konkrete Gestalt dieses gemeinsamen Projekts bestimmt. Denn da die Effizienzerwägungen auf den Realitätserwartungen der Sachverständigen gründen, schlagen sich deren Paradigmen der Welterschließung in der Rechtswirklichkeit nieder und nicht ein öffentlich gut verankertes Rechtsverständnis.

Rechtsparadigmen unterscheiden sich nach dieser Differenzierung von Rechtsnormen, insofern sie nicht verbindliche Handlungserwartungen und Rechte festlegen, sondern deren Verwirklichung und Vollzug anleiten. Folglich ist zu klären, inwieweit Rechtsparadigmen überhaupt durch wechselseitige Begründungen rationalisierbar sind. Zudem bleibt offen, ob sie allenfalls ebenso wie Rechtsnormen durch demokratische Gesetzgebungsprozesse gestaltet werden können oder ob für die Legitimierung von Rechtsparadigmen andere Verfahren zu institutionalisieren sind. Habermas verfährt bei der Bearbeitung dieser Problemstellungen in vergleichbarer Weise wie mit dem Status des Gerechtigkeitsempfindens. Wie Rechtsnormen sollen Rechtsparadigmen in den Aushandlungsprozessen mit allen Betroffenen rationalisiert werden.

Habermas entscheidet sich für ein prozeduralistisches Rechtsparadigma. Allerdings verwendet er den Begriff „Rechtsparadigma“ im Diskussionszusammenhang auf

zwei unterschiedlichen Ebenen. Einerseits dienen Rechtsparadigmen im Allgemeinen den handlungsanleitenden Situationsdeutungen. Auf dieser Ebene strukturieren Rechtsparadigmen die epistemische Erfassung der rechtserheblichen Sachverhalte. Habermas' prozeduralistisches Rechtsparadigma wendet sich indes gegen die Festlegung dieser Rechtsparadigmen durch Sachverständige, die sich nicht einer gemeinsamen Auseinandersetzung stellen müssen. Es ist folglich ein Meta-Rechtsparadigma, dass einer prinzipiellen Offenheit der Rechtsparadigmen erster Stufe das Wort redet. Aufgrund dieser Offenheit müssten die Typologien und Rechtsparadigmen der Behörden der öffentlichen Reflexion und Gestaltung durch die Rechtsgemeinschaft zugänglich sein.

Das prozeduralistische Rechtsparadigma grenzt Habermas von (neo-)liberalen und sozialstaatlichen Modellen ab, die für ihn gleichermaßen zu konkretistisch sind. Im ersten Modell wird die Verwirklichung des Rechts nur daran gemessen, inwieweit es zur Stabilisierung der Wirtschaftsordnung und der Sicherung privater Freiheiten beiträgt. Es verdeckt auf diese Weise ebenso wie das sozialstaatliche Modell, das eine Anthropologie des bedürftigen Menschen voraussetzt, „den von Fall zu Fall interpretationsbedürftigen internen Zusammenhang zwischen privater und öffentlicher Autonomie“<sup>120</sup>. Mit anderen Worten legen diese beiden Modelle die funktionalen Rahmen und die Typologien rechtserheblicher Sachverhalte bereits fest, die für die autonomen Akteure bei der Beanspruchung ihrer Rechte maßgeblich sind. Beide Modelle reduzieren Gerechtigkeit auf distributive Gerechtigkeit: Das sozialstaatliche Modell widmet sich dem „Problem der gerechten Verteilung der gesellschaftlich produzierten Lebenschancen“, während das liberale Modell den komplementären Fehler begeht, „Gerechtigkeit auf eine gleiche Distribution von Rechten zu reduzieren, d.h. Rechte an Güter zu assimilieren, die man aufteilen und besitzen kann.“<sup>121</sup> Mit der Reduktion der Rechte auf Güter, werden die maßgeblichen Güter – und somit auch die Typologien rechtserheblicher Sachverhalte – vorgreifend festgelegt, und auf diese Weise wird eine illegitime Definitionsmacht bezüglich der Grenze zwischen privaten und öffentlichen Belangen ausgeübt. Angesichts des Pluralismus der Ordnungen, in denen das Recht verwirklicht werden muss, sind derartige eindimensionale Rechtsparadigmen überholt, die eine verengte Kontextwahrnehmung zur Folge haben.<sup>122</sup> Das liberale ebenso wie das sozialstaatliche

---

<sup>119</sup> Habermas (1992: 527).

<sup>120</sup> Habermas (1992: 528 / auch 510-515).

<sup>121</sup> Habermas (1992: 504f.).

<sup>122</sup> Vgl. dazu auch Habermas (1992: 510).



Rechtsparadigma unterstellen eine gleichsam anthropologisch vorgegebene, öffentlich maßgebliche Bedürftigkeit, die nicht mehr verhandelt werden muss. Das Rechtsparadigma wird auf diese Weise Teil der Theorie.<sup>123</sup> Die Rationalisierung von Rechtsparadigmen geschieht vorrangig durch theoretische Aufarbeitung durch Fachleute und nicht durch wechselseitige Begründung der Betroffenen.

Dagegen bemüht sich Habermas, solchen sozialanthropologischen Festsetzungen zu entgehen. Doch dann ist zu klären, wo den Rechtsparadigmen nachzuspüren ist und wie die vorgefundenen Rechtsparadigmen allenfalls beurteilt werden können, wenn nicht anhand der Kriterien für ein vernünftiges Rechtsparadigma, das im Rahmen einer politischen Theorie oder Rechtstheorie entwickelt wird. Zu klären bleibt, wo die Quelle von Rechtsparadigmen zu suchen sei (wenn nicht bei den Gesellschafts- und Rechtstheoretikern), welche Form der Rationalisierung die geeignete ist (wenn nicht kraft der Reflexion der Gesellschafts- und Rechtstheoretiker), und welche soziale Organisation der Reflexion institutionalisiert werden sollte (wenn nicht der akademisch organisierte wissenschaftliche Austausch zwischen Gesellschafts- und Rechtstheoretikern mit den Behördenvertretern).

Rechtsparadigmen verortet Habermas nun nicht einfach bei den staatlichen Behörden oder den Sachverständigen der Rechtstheorie und politischen Theorie, sondern er erweitert den Blick auf die Rechtsauffassungen in der Lebenswelt und in der Zivilgesellschaft. In diesen Auffassungen wurzelt ein gültiges Rechtsparadigma, das im Sinne eines prozeduralistischen Rechtsparadigmas nicht durch die Theorie der Fachleute sondern durch den Diskurs aller Betroffenen rationalisiert wird. Theoretisch wiederum stützt sich das übergeordnete prozeduralistische Rechtsparadigma einerseits auf Habermas' Diskurstheorie des Rechts und andererseits auf seine Kommunikationstheorie der Gesellschaft:

Die *Diskurstheorie des Rechts* begreift einerseits den demokratischen Rechtsstaat als die über legitimierendes Recht laufende (und insofern private Autonomie gewährleistende) Institutionalisierung von Verfahren und Kommunikationsvoraussetzungen für

---

<sup>123</sup> Rawls wird – beispielsweise in Habermas (1996) – eine solche Position zugeschrieben. Doch Rawls (1998: 125f., siehe auch Fn 7) wehrt sich gegen den Vorwurf, seine „Konzeption der Gerechtigkeit versuche das Vernünftige aus dem Rationalen herzuleiten“, insbesondere auch, weil „das Vernünftige in einer Weise öffentlich ist, in der es das Rationale nicht ist.“ Rawls anerkennt folglich, dass das öffentlich Vernünftige in einer Kultur verankert ist, die nicht aus der Perspektive eines rationalen Subjekts ohne kulturelle Verankerung logisch abgeleitet werden kann. Die überindividuelle Entwicklung des Rechtsverständnisses ist daher eine notwendige Voraussetzung für die öffentliche Vernunft. Allerdings fehlt bei Rawls eine Konzeption des kulturellen Lernens im öffentlichen Vernunftgebrauch, die Habermas – etwa in Habermas (1990) – zu entwickeln versucht.

eine diskursive Meinungs- und Willensbildung, die wiederum (die Ausübung politischer Autonomie und) legitime Rechtsetzung ermöglicht.<sup>124</sup>

Zunächst wendet Habermas die Diskurstheorie auf den demokratischen Rechtsstaat an. Ziel der Diskurstheorie ist, legitimes Recht zu ermöglichen, indem sie die Bedingungen formuliert, unter denen Geltungsansprüche im Recht diskursiv eingelöst werden können. Der Leitgedanke für den liberalen Rechtsstaat ist der Erhalt privater Autonomie, ohne dass diese nach Habermas' Auffassung bereits inhaltlich bestimmt wäre. Autonomie wird vielmehr formal durch das Vermögen zur Kommunikation sowie insbesondere die Fähigkeit bestimmt, Geltungsansprüche wechselseitig einzulösen.<sup>125</sup> Keine theoretisch vorgegebene Anthropologie oder Vernunft artikuliert das gültige Rechtsparadigma, sondern dieses soll in rechtsstaatlich gestalteten Verfahren und Aushandlungsprozessen formuliert werden. Diese Verfahren ermöglichen die Ausübung politischer Autonomie, die eine legitime Rechtsetzung gewährleistet. Während in sozialstaatlichen oder auch liberalen Modellen mittels anthropologischer Theorien ein umfassendes Bild der Autonomie gezeichnet wird, versucht Habermas allein mittels rechtsstaatlicher Verfahren eine politische Autonomie durch die Voraussetzungen der Kommunikation zu sichern. Diese Voraussetzungen sollen ermöglichen, dass die Akteure ihre eigenen Vorstellungen von Autonomie entwickeln und verwirklichen, um so aus eigenem Antrieb zu einer umfassenden Autonomie zu gelangen.

Diese Erläuterung der Diskurstheorie des Rechts beruht auf der analytischen Unterscheidung zwischen Rechtsparadigmen in der konkreten Situationsdeutung und dem prozeduralistischen – oder transzendental-pragmatischen – Rechtsparadigma, die je auf verschiedenen Ebenen bei der Ausgestaltung des demokratischen Rechtsstaats zu Grunde gelegt werden: Einerseits spricht Habermas von der rechtsstaatlichen Institutionalisierung der Aushandlungsprozesse, die die Fähigkeit, Geltungsansprüche zu kritisieren und wechselseitig zu begründen, überhaupt zur Entfaltung bringen soll. In diesen Verfahren sollen dann andererseits legitime Rechtssetzungsprozesse durchgeführt werden. Die Institutionalisierung von Gesetzgebung und Rechtsanwendung – im Sinne des prozeduralistischen Paradigmas – ist gewissermaßen die Bedingung der Möglichkeit legitimen Rechts, sie kann aber nicht selbst durch die Rechtssetzungsprozesse und geltenden Rechtsparadigmen legitimiert werden, ohne in einen Zirkel zu geraten. Deshalb benötigt Habermas einen regulativen Faktor, der von außen auf den Rechtsstaat einwirken kann und die angemessene

---

<sup>124</sup> Habermas (1992: 527).

Institutionalisierung der Verfahren sichert. Hier wird die zweite Stütze des prozeduralistischen Rechtsparadigmas unentbehrlich:

Die *Kommunikationstheorie der Gesellschaft* begreift andererseits das rechtsstaatlich verfasste politische System als eines unter mehreren Handlungssystemen.<sup>126</sup>

Die Kommunikationstheorie der Gesellschaft versucht, die Verständigungsleistungen über die verschiedenen gesellschaftlichen Bereiche hinweg zu erfassen, und schließt daher die Diskurstheorie des Rechts ein. Die Besonderheit des Rechts innerhalb der vielfältigen Handlungssysteme besteht darin, dass für die Rechtsgemeinschaft verbindliche Entscheidungen gefällt werden. Das Recht stabilisiert auf überindividuelle Weise Handlungserwartungen, indem es diese normiert und standardisiert. Zu diesem Zweck werden die verbindlichen Handlungserwartungen in allgemeine und abstrakte Rechtsnormen gefasst. Kraft überindividueller, abstrakter Regelwerke wird das Recht zu einem überindividuellen System, das seine Legalität aus den Normen ableitet und die Legitimität aus dem Gesamtzusammenhang der Handlungssysteme bezieht.

Da Habermas mit seiner Kommunikationstheorie anstrebt, dass die Beschreibung sozialer Prozesse nicht bei einem systemischen Autismus stehen bleibt, müssen die Normen auf andere Handlungssysteme bezogen werden können. Für Habermas wird die Koppelung zwischen dem abstrakten Recht und den Wirklichkeiten anderer Handlungssysteme durch die Kommunikation geleistet. Die Kommunikationsfähigkeit wird Menschen zugeschrieben und bildet das formale anthropologische Fundament, das dank des rechtsstaatlich verfassten politischen Systems eine überindividuelle Gestalt erhält. Diese Institutionalisierung von Kommunikations- und Aushandlungsbedingungen soll ermöglichen, dass konkrete und historisch kontingente Erfahrungen ins Recht einfließen können. Solange eine derartige Koppelung zwischen dem Recht und den anderen Handlungssystemen nicht durch rechtsförmig institutionalisierte Verfahren besteht, greift die Präzisierung des Rechts ins Leere und ermöglicht, dass Handlungserwartungen gestützt auf Macht anstatt Recht verbindlich in Kraft gesetzt werden.

Während in der *Theorie des kommunikativen Handelns* die Kritisierbarkeit funktionaler Systeme durch die vorsystemische Wirklichkeit der Lebenswelt ermöglicht wird,<sup>127</sup> knüpft Habermas in *Faktizität und Geltung* die Möglichkeit zur Kritik und Korrektur des politischen Systems gleichermaßen an die weiteren gesellschaftlichen

---

<sup>125</sup> Vgl. dazu Habermas (1984).

<sup>126</sup> Habermas (1992: 527).

Handlungssysteme wie an die alltäglichen Erfahrungen im lebensweltlichen Horizont. Schließlich aber bindet er die gesamtgesellschaftliche Stabilität ebenso wie in der *Theorie des kommunikativen Handelns* an die Sozialisation der Akteure in einer zivilgesellschaftlich geprägten Lebenswelt. Denn das politische System

kann die Ausfallbürgschaft für Probleme der gesamtgesellschaftlichen Integration über ein Zusammenspiel der institutionalisierten Meinungs- und Willensbildung mit informellen öffentlichen Kommunikationen einlösen, soweit es über eine zivilgesellschaftlich basierte Öffentlichkeit in die Kontexte einer entgegenkommenden (durch freiheitliche politische Kultur und entsprechende Sozialisationsmuster geprägte) Lebenswelt eingebettet ist.<sup>127</sup>

Die Aufgabe des Rechts sieht Habermas nicht bloß darin ein Regelwerk auszubilden, vermöge dessen zwischen legal erlaubten und verbotenen Handlungsweisen unterschieden wird. Da Habermas an der Idee legitimen Rechts festhält, das seine Geltung aus den Handlungssystemen außerhalb des Rechts bezieht, muss es gegenüber informellen öffentlichen Kommunikationen und der institutionellen Reflexion offen bleiben. Andererseits hält das Recht zur Auseinandersetzung mit den bestehenden Handlungserwartungen an und stellt gleichsam die Ausfallbürgschaft sicher, dass bei divergierenden Ansichten Verfahren bereit stehen, mit denen Kontroversen in ein verbindliches Ergebnis überführt werden können. Nach Habermas' Auffassung löst das Recht die informellen öffentlichen Kommunikationen weder ab noch auf; vielmehr bedarf die institutionalisierte Meinungs- und Willensbildung einer öffentlichen Kommunikation, die einerseits zivilgesellschaftlich organisiert sein muss, damit sie gehört werden kann. Andererseits müssen die Akteure die rechtsstaatlichen Verfahren anerkennen und in einer Lebenswelt verwurzelt sein, in der substantielle Kontroversen um die verbindlichen Handlungserwartungen im Sinne einer rechtsstaatlichen Rechtskultur ausgehandelt werden.

Insgesamt ist aus diesen Gründen nicht allein das rechtsförmig verfasste politische System, das durch die rechtsstaatliche Institutionalisierung der Aushandlungsprozesse aufgespannt wird, für die soziale Stabilität verantwortlich. Die maßgeblichen Kommunikationen, die das Rechtsverständnis tragen, beschränken sich nicht allein auf die vom Rechtsstaat institutionalisierten Verfahren zur Meinungs- und Willensbildung, und die Rechtswirklichkeit wird nicht im Alleingang durch die rechtsstaatlichen Verfahren der Gesetzgebung legitimiert. Wenn daher die Legitimität des Rechts eine notwendige Bedingung für dessen Souveränität darstellt, dann beruht

---

<sup>127</sup> Siehe dazu insbesondere Habermas (1981b: 171-293).

<sup>128</sup> Habermas (1992: 527).

die Souveränität gleichermaßen auf institutionalisierten Verfahren wie auf einem vielförmig integrierten und tradierten Rechtsverständnis. Dieses sollte bereits in der Lebenswelt verwirklicht sein und dazu beitragen, die generell abstrakten Rechtsnormen so zu konkretisieren, dass eine legitime Rechtswirklichkeit entsteht. Aus diesem Grunde muss sichergestellt werden, dass der Vollzug des Rechts in einer Weise gestaltet wird, dass er den Kontakt zu diesem Rechtsverständnis nicht verliert.

#### 1.2.3.4 Ohnmächtiges Rechtsverständnis und pluralisierte Rechtsparadigmen

Das lebensweltlich verwurzelte Rechtsverständnis wird angesichts der beschleunigten wissenschaftlich-technischen Innovation mit Lernanforderungen konfrontiert, die es zunehmend fragil und gegenüber den sich pluralisierenden Rechtsparadigmen der Verwaltungen ohnmächtig machen. Diese Schwäche eines breit verankerten Rechtsverständnisses, so möchte ich behaupten, führt zur epistemischen Bevormundung durch Sachverständige in der Regierung, den Wissenschaften oder aus Nichtregierungsorganisationen, wenn Typologien rechtserheblicher Sachverhalte bei der Regulation von Technologien verhandelt werden.

Aufgrund der Entkoppelung genießen Effizienzerwägungen in der Verwaltung gegenüber der öffentlichen Legitimation der Entscheide Vorrang, und die beratenden Expertenkulturen verabschieden sich von den lebensweltlichen Zusammenhängen. Der fortschreitende Regulationsbedarf angesichts neuer technologischer Entwicklungen bringt mit sich, dass zwar neue Normen erlassen werden. Die Schwierigkeiten, mit denen die entsprechenden Gesetzgebungsverfahren zu kämpfen haben, werden häufig damit erklärt, dass die wissenschaftliche und technische Innovation der rechtlichen Normierung enteilt und der Gesetzgeber ständig mit neuen oder denkbaren Tatbeständen konfrontiert wird.<sup>129</sup> Doch wenn es richtig ist, dass die Rechtswirklichkeit nicht im Alleingang durch die rechtsstaatlichen Verfahren der Gesetzgebung legitimiert werden kann, dann krankt die Gesetzgebung weniger daran, dass sie die wissenschaftliche und technische Entwicklung intellektuell nicht verarbeiten kann; vielmehr fehlt ein ausreichend gefestigtes Rechtsverständnis gegenüber diesen Innovationen außerhalb der Gesetzgebung in den lebensweltlichen Zusammenhängen. Denn damit die Rechtswirklichkeit als legitim wahrgenommen werden kann, müssen das zu Grunde gelegte Rechtsverständnis und insbesondere die Typologien rechtserheblicher Sachverhalte mit lebensweltlichen Erfahrungen

<sup>129</sup>

Vgl. beispielsweise Stehr (2003: 195-221).

verbunden werden können. Die Rechtsentwicklung ist deshalb notwendig an die Lernprozesse in einer breiteren Öffentlichkeit gebunden.

Für diese Lernprozesse genügt es nicht, die öffentlich geltend gemachten Ansichten einfach unreflektiert und unkritisch wiederzugeben. Das Recht kann nicht einfach die in der Öffentlichkeit geltenden Auffassungen reproduzieren. Die institutionalisierten Verfahren zur Meinungs- und Willensbildung sollen die Reflexion über diese Verhältnisse befördern und ermöglichen, geltende Handlungserwartungen in den Status verbindlicher Rechtsnormen zu erheben. Die Verfahren erlauben die erforderlichen Reflexions- und Abstraktionsprozesse, die das Scharnier zwischen der erfahrungsgestützten, lebensweltlichen und der normativ reflektierten, rechtsförmigen Betrachtung bilden. Nach der Habermasschen Konzeption des Rechts bildet diese Rechtskommunikation das Medium, „über das sich die im kommunikativen Handeln realisierten Anerkennungstrukturen von der Ebene einfacher Interaktionen auf die abstrakte Ebene organisierter Beziehungen übertragen.“<sup>130</sup> Mit anderen Worten organisiert das Recht interpersonale Anerkennungsstrukturen auf einer überindividuellen Ebene. Indes werden im Recht nicht allein Handlungserwartungen reflektiert und normiert, sondern gleichermaßen werden Realitätsunterstellungen und Typologien rechtserheblicher Sachverhalte standardisiert. Damit die Legitimation der Rechtswirklichkeit gegenüber der Öffentlichkeit gewährleistet ist, sollte die Standardisierung rechtserheblicher Sachverhalte an lebensweltlich verwurzelte Rechtsparadigmen anknüpfen und sich nicht allein auf wissenschaftliche Erkenntnisse beschränken. Aus demokratietheoretischen und rechtsstaatlichen Erwägungen ergibt sich, dass die rechtsstaatlich institutionalisierte Meinungs- und Willensbildung nicht nur die Rationalisierung von Handlungserwartungen demokratisch organisieren muss. Wenn durch das Recht Anerkennungsstrukturen in eine überindividuell verbindliche Form gebracht werden, dann gilt es nicht nur Handlungserwartungen sondern auch Realitätsunterstellungen angemessen anzuerkennen.

Diese Unterscheidung ermöglicht auch zwischen drei verschiedenen, idealtypischen Formen der Missachtung zu differenzieren. Zunächst möchte ich nochmals daran erinnern, dass sich ein Gefühl der Missachtung einstellt, wenn die geforderte Anerkennung nicht gewährt wird. Aber wie bereits klar wurde, ist dieses einzig ein Indikator dafür, dass die Anerkennung in ungerechtfertigter Weise vorenthalten wurde. Denn als Gefühl ist die Missachtung bloß eine subjektive Wahrnehmung, dass ein berechtigter Anspruch nicht erfüllt wurde. Der Anspruch muss freilich begründet

---

<sup>130</sup>

Habermas (1992: 528.)

und von der Ebene einfacher Interaktion in einen überindividuellen Begründungszusammenhang überführt werden. Dazu ist entscheidend, welche Handlungszusammenhänge und Typologien von Gründen in einer wechselseitigen Begründung überhaupt anerkannt werden.<sup>131</sup> Diese Abstraktion ist im Recht abhängig von den institutionalisierten Verfahren, die den Argumentationsgang strukturieren, und von dem geltenden Rechtsparadigma, das die Bandbreite zulässiger Gründe filtert.

Das Gefühl der Missachtung kann daher in drei unterschiedlichen Weisen ausgelöst werden, in denen die geforderte Anerkennung verweigert wird: Erstens kann die Handlungserwartung nicht anerkannt werden, zweitens kann die Einschätzung der angemessenen Normenanwendung in einer konkreten Situation in Frage gestellt werden und drittens kann die zugrunde gelegte Typologie von rechtserheblichen Sachverhalten als unzulänglich kritisiert werden. Für alle drei Fälle müsste der Rechtsstaat Mittel an die Hand geben, eine Kontroverse zu einem verbindlichen und legitimen Ende zu bringen. Im ersten Fall wird darum gerungen, eine Rechtsnorm zu ändern oder eine neue einzuführen, die eine bestimmte Praxis in Zukunft verbietet oder erlaubt. Derlei geläufige Kontroversen werden durch die Verfahren der Gesetzgebung entschieden. Auch der zweite Fall ist vertraut, wenn Personen vor Gerichten das von ihnen beanspruchte Recht einfordern. Schließlich kann die Anerkennung aber auch in der Weise verweigert werden, dass die institutionalisierten Verfahren nicht gestatten, die Art von Gründen vorzubringen, die den geforderten Anspruch stützen. Das heißt, dass sowohl die erforderlichen Rechtsnormen bestehen als auch eine Rechtspraxis etabliert ist, doch von außen wird ein neues Rechtsparadigma an das Recht herangetragen und eine Änderung der etablierten Rechtspraxis mit dem Argument verlangt, dass wichtige Zusammenhänge und Gründe in der bisherigen Praxis missachtet werden.

Diese Form der Missachtung ist für die politische Theorie von besonderer Bedeutung, da diese Kritik die Typologien rechtserheblicher Sachverhalte in Frage stellt. Sie wendet sich weder gegen die Normen selbst, noch wird allein ein konkreter Anwendungsfall angefochten. Typisch für diese Dialektik zwischen rechtlicher und faktischer Gleichheit sind die politische und rechtsstaatliche Emanzipation der Frauen sowie die feministischen Gleichstellungspolitiken.<sup>132</sup>

Als rechtshistorisches Beispiel sei das Stimm- und Wahlrecht von Frauen genannt, dass diesen in der Schweiz bis 1971 und insbesondere im Kanton Appenzell Innerr-

---

<sup>131</sup> Vgl. dazu Boltanski & Thévenot (1999) und (2000).

<sup>132</sup> Vgl. dazu Habermas (1992: 493-515).

hoden bis 1991 vorenthalten wurde, so dass als einzige Möglichkeit, um politisch mitzuentcheiden, offen blieb, die Stimme der männlichen Bürger in der innerfamiliären Auseinandersetzung zu gewinnen. So wurden die Frauen an das traditionelle Lebensmuster in der Familie gebunden, wenn sie die gesellschaftliche Ordnung politisch mitgestalten wollten. Doch die gesellschaftlichen Verhältnisse hatten sich gewandelt, so dass die Verweigerung des Frauenstimmrechts zunehmen stoßend wurde. In den Rechtsnormen des Bundes oder der Kantone wurden die Ausdrücke „Schweizer“, „Landleute“ oder „tous les Suisses“ verwendet. Doch in der Praxis wurde das Wahlrecht lange Zeit allein den Männern gewährt. Verschiedentlich wurde vor kantonalen Gerichten oder Bundesgerichten gegen diese Praxis mit der Begründung geklagt, dass nach dem Wortlaut der Rechtsnorm angesichts der gewandelten Rechtsauffassung den Frauen das Stimm- und Wahlrecht gewährt werden müsste. Die in Anbetracht dieser Umstände unerlässliche Rechtsfortbildung betraf einen Wechsel im Rechtsparadigma, der die gesellschaftlichen Veränderungen nachvollziehen sollte. Andererseits machten die angerufenen Gerichte geltend, dass ein solcher Wechsel zu bedeutend sei, als dass er einfach durch die Anpassung der Auslegung zu vollziehen sei. Deshalb sprachen sie sich dafür aus, dass der Entscheid durch die – von Männern beherrschte – Gesetzgebung zu erfolgen habe. Schließlich wurde diese Kontroverse sowohl vor Gerichten wie auch in Gesetzgebungsverfahren Schritt für Schritt aufgelöst.<sup>133</sup>

Die Ausdehnung des bestehenden Stimmrechts auf die Frauen bedeutete weder die Schaffung eines genuin neuen Rechts, noch wurde das Frauenstimmrecht von den Gerichten als ein selbstverständlicher Anwendungsfall des bestehenden Stimmrechts betrachtet. Dieser Fall zeigt auf, dass sich die dritte Form der Missachtung, bei der die geltende Rechtsauffassung bezüglich der maßgeblichen Typologien beanstandet wird, Geltung über die Umwege der Gesetzgebung oder der gerichtlichen Einzelentscheidungen verschafft. Die Spannung zwischen der Faktizität der beanstandeten Rechtspraxis und der im reflektierten Rechtsverständnis angelegten Geltung muss aufgelöst werden, indem sich das neue Rechtsverständnis im Gang durch die rechtsstaatlichen Verfahren allmählich Geltung verschafft. Trotz der Umwege scheint hier ein eigenständiges rechtsstaatliches Vorgehen nicht erforderlich, um diese im Recht unvermeidlichen Konflikte aufzulösen. Es genügt der öffentlich erzeugte Druck auf das Recht, um eine Anpassung herbeizuführen.

---

<sup>133</sup>

Vgl. Häfelin &amp; Haller (1993: 24f., 31-33, 86).



Dies legt den Schluss nahe, dass zwar drei Formen der Missachtung und des möglichen Unrechts unterscheidbar sind. Aber es scheinen zwei Formen der Schließung von rechtlichen Kontroversen, Gesetzgebungsverfahren und Gerichte, zu genügen. Nun möchte ich aber behaupten, dass in der Rechtsfortbildung der Verwaltung diese einfache Lösung nicht offen steht. Ein wichtiger Unterschied zwischen dem Fall des Frauenstimmrechts und dem bereits früher ausgeführten Beispiel der Deklarationspflicht besteht darin, dass im Falle des Stimmrechts die Typologie auf Personen und deren Kompetenzen angewendet wird, während im anderen Fall, Dinge – wie beispielsweise gentechnisch veränderte Lebensmittel – hinsichtlich der rechtserheblichen Beschaffenheiten festgelegt werden. Im Stimmrecht wird die angemessene demokratische Repräsentation von Menschen verhandelt, derweil bei der Regulation durch die Verwaltung die angemessene epistemische Repräsentation von Dingen und Tatbeständen zur Debatte steht. Nun können Personen, die sich unangemessen repräsentiert oder zuwenig rechtlich anerkannt fühlen, in den meisten Fällen vor Gericht ihre Ansprüche geltend machen. Das Gerichtsverfahren erlaubt es, die fehlende Rechtfertigung des Rechts gegenüber dem Mitglied der Öffentlichkeit zu leisten und so das Gefühl der Missachtung im überindividuellen Rechtfertigungszusammenhang der Rechtsgemeinschaft zu behandeln. Das Gerichtsverfahren oder auch der Gesetzgebungsprozess bestärkt die Mitgliedschaft der angehörten Personen unabhängig davon, ob auch tatsächlich in deren Sinne entschieden wird. Unabhängig vom Entscheid soll in den Foren des Gerichts oder in der aktiven Beteiligung an Abstimmungen und politischen Aushandlungsprozessen die Souveränität des Rechts ebenso wie der Person bezeugt werden, indem die rechtliche Gleichheit der Beteiligten durch das Verfahren bestätigt wird.

Hingegen bietet der Rechtsstaat bei der epistemischen Repräsentation von Dingen durch Typologien rechtserheblicher Sachverhalte kein vergleichbares Vorgehen an. Die Repräsentation der Dinge und maßgeblichen Sachverhalte wird in der Verwaltung von Sachverständigen übernommen.<sup>134</sup> Sobald die Sachverständigen als Folge der Entkoppelung der Expertenkulturen diese Repräsentation der Dinge nicht mehr gebührend wahrnehmen können, eröffnet sich eine Kluft zwischen der Rechtsauffassung in der Öffentlichkeit und den Rechtsparadigmen in der Verwaltung. Die Sachverständigen können ihre Entscheidungen angesichts des Pluralismus möglicher rechtserheblicher Ordnungen und pluralisierter Rechtsparadigmen nicht mehr selbstverständlich begründen. Diese Kluft lässt sich nicht – wie gerade anhand des

<sup>134</sup>

Vgl. zur Repräsentation der Dinge in der Politik auch Latour (2001).

Gerichtsverfahrens beschrieben – durch eine unmittelbare Kommunikation zwischen den Betroffenen schließen. Es fehlt ein rechtsstaatliches Forum, in dem die rechtliche Gleichheit auch im Bezug auf die Typologien rechtserheblicher Sachverhalte und die angemessene Repräsentation der Dinge bekräftigt wird.

Der Rechtsstaat kennt kein Verfahren, kraft dessen die Vertrautheit der Rechtsgemeinschaft mit den regulierten Dingen zurückgewonnen werden kann. Typischerweise soll das Vertrauen in die Sachverständigen und die Autorität der Wissenschaften bestärkt werden, um die Kluft zu schließen.<sup>135</sup> Aber kein Verfahren rechtfertigt die gewählte Vollzugspraxis, falls dieses die Realitätsunterstellungen und Rechtsauffassung von Mitgliedern der Öffentlichkeit missachtet. Das Regulationsrecht borgt die Autorität von den Wissenschaften und den Sachverständigen. Unter diesen Umständen wird die Souveränität des Rechts von den Expertenkulturen garantiert, und die Behörden wie auch die missachteten Mitglieder in der Öffentlichkeit verharren ohnmächtig in ihrem Rechtsverständnis, sobald die Vermittlung durch die Wissenschaften ins Stocken gerät.

Lebensweltliche Erfahrungen im Umgang mit Technologien werden bei deren Regulation kaum herangezogen, um die konkrete Umsetzung von Regulationsmaßnahmen zu rechtfertigen (während diese Erfahrungen als allgemeine öffentliche Bedürfnisse im Rahmen der Gesetzgebung sehr wohl Eingang ins Recht finden mögen). Denn die rechtserheblichen Sachverhalte werden gemeinhin wissenschaftlich rationalisiert, um in Gestalt von Expertisen Eingang in den Vollzug zu finden. Diese Aufgabenteilung wird anhand einer funktionalen Differenzierung begründet, die die Beantwortung von Wahrheitsfragen den Sachverständigen zuteilt.<sup>136</sup>

Im Sinne der obigen analytischen Unterscheidung im Recht zwischen der konkreten Rechtsparadigmen in der Rechtsanwendung und der vorgängigen Institutionalisierung der Verfahren im Sinne des prozeduralistischen Rechtsparadigmas, wird hier diese Form der Aufgabenteilung schlicht vorausgesetzt: Die Feststellung rechtserheblicher Sachverhalte wird in die Hände der Sachverständigen gelegt. Die funktionale Differenzierung erzeugt Trennungslinien, die der rechtlichen Gleichheit bei der Ausgestaltung der Rechtswirklichkeit Grenzen setzen. In diesem Sinne ist die mut-

---

<sup>135</sup> Vgl. zur Autorität wissenschaftlicher Expertise in politischen Auseinandersetzungen Weingart (2001: 127-170) sowie Weingart (2003: 89-102).

<sup>136</sup> Vgl. dazu Luhmann (1990: 274): „Mit all dem wird nicht bezweifelt, dass von »Wahrheit« auch außerhalb des Wissenschaftssystems die Rede ist. [...] Aber nur in der Wissenschaft geht es um codierte Wahrheit, nur hier geht es um Beobachtung zweiter Ordnung, nur hier um die Aussage, dass wahre Aussagen eine vorausgehende Prüfung und Verwerfung ihrer etwaigen Unwahrheit implizieren.“

maßliche Missachtung struktureller Natur und kann kaum wie im konkreten Einzelfall anhand der bestehenden rechtsstaatlichen Verfahren beurteilt und geregelt werden. Die Ohnmacht angesichts der funktional begründeten Differenzierung und Aufgabenteilung führt dazu, dass die rechtsstaatliche Souveränität epistemisch beschnitten wird.

Die Missachtung müsste anhand des lebensweltlichen Rechtsverständnisses beurteilt werden, das gemäss Habermas als regulativer Faktor von außen auf den Rechtsstaat einwirken sollte. Doch wenn die behördlichen Rechtsparadigmen vom allgemeinen Rechtsverständnis entkoppelt werden, weil letzteres einerseits zu schwach wird und andererseits die Verfahren fehlen, mit denen dieses auf die Rechtsparadigmen einwirken könnte, dann fließen alltägliche Erfahrungen, die im Horizont des lebensweltlichen Umgangs mit Technologien gemacht werden, nicht in die Regulation ein. Diesen Erfahrungen wird ihre eigenständige epistemische Substanz abgesprochen, und der Umgang mit Technologien wird als Folge daraus nur unter dem Blickwinkel der Risikoversorge und der ethischen Schranken betrachtet, so dass die so genannten Laien bezüglich ihrer eigenen, alltäglich erworbenen Kompetenzen entmündigt werden.<sup>137</sup> Die funktionale Aufgabenteilung, die den Sachverständigen eine epistemische Autorität zuschreibt und den pragmatischen Vollzug des Rechts durch die Verwaltung gewährleisten soll, wird durch diese Missachtung von Wissensbeständen in Frage gestellt.

#### 1.2.3.5 *Prozeduralistische Öffnung der Gewaltenteilung*

Die von Habermas diagnostizierte Krise des Rechtsstaates setzt die Gewaltenteilung unter Druck. Die Legitimationsprobleme der Verwaltung legen offen, dass das lebensweltlich verbreitete Rechtsverständnis, das von der Zivilgesellschaft von außen an den Rechtsstaat herangetragen wird, sich häufig nicht mehr mit den Rechtsparadigmen deckt, die für die Sachverständigen in deren pragmatischen Erwägungen leitend sind. Das Gefühl der Missachtung, das manche gegenüber der mangelhaften Rechtfertigung der behördlichen Entscheidungen empfinden, ist ein Indikator für normative Fragen, die unter Verwendung von pragmatischen Erwägungen seitens der Sachverständigen empiristisch in Sachfragen und Effizienzüberlegungen umgedeutet werden.

<sup>137</sup>

Dazu Wynne (2001).

Ein gründlicher Blick auf diese „empiristische Umdefinition“<sup>138</sup> zeigt allerdings, dass hier zwar die demokratische Genese des Rechts beschnitten wird, doch was hier der gemeinsamen Aushandlung entzogen wird, sind meines Erachtens weniger Rechtsnormen als vielmehr Typologien rechtserheblicher Sachverhalte. Wie ich in Ergänzung zu Habermas versucht habe darzulegen, beschränken sich Lernprozesse in der Rechtsordnung nicht nur auf die normativen Aspekte, also die Weiterentwicklung der Rechtsnormen, sondern die Rechtsfortbildung muss gleichermaßen bezüglich der Anwendungsfälle stattfinden. Diese epistemische Weiterentwicklung kann aber nicht einfach von den Sachverständigen übernommen werden, da dann die Koppelung der Rechtswirklichkeit an die Lebenswelt verloren geht.

Habermas schlägt eine prozeduralistische Öffnung der Gewaltenteilung vor, die im Folgenden dargelegt werden soll. Allerdings wird sich zeigen, dass Habermas' Empfehlungen zu vage bleiben, so dass die vorgeschlagenen Verfahren gegenüber der herkömmlichen Gesetzgebung rechtstheoretisch nicht klar eingeordnet werden können. Eine genauere Einordnung wird erst möglich, wenn man sich vor Augen hält, dass die Erwägungen der Behörden nur mittelbar die Handlungserwartungen und Rechtsnormen betreffen, unmittelbar aber die paradigmatischen Anwendungsfälle zum Gegenstand haben. Unter diesen Umständen kann die Koppelung der Rechtswirklichkeit an die anderen Handlungssysteme und an die lebensweltlichen Erfahrungen nicht durch die Stärkung der Gesetzgebung erreicht werden, sondern sie muss durch rechtsförmige Verfahren angestrebt werden, die erlauben, Typologien zu hinterfragen und neu zu gestalten. Solche Verfahren sollen die epistemische Souveränität des Rechts stärken, indem die Typologien des Rechts auf die öffentlichen Realitätsunterstellungen und Rechtsauffassungen bezogen werden.

Die bisherige Diskussion der Krise des Rechtsstaates und der Entkoppelung der Expertenkulturen hat gezeigt, dass Lernprozesse bezüglich der Typologien rechtserheblicher Sachverhalte unvermeidlich werden, sobald sich der Staat mit einem Pluralismus von relevanten Handlungszusammenhängen konfrontiert sieht. Die Zielsetzungen des idealtypischen Staates haben sich gemäss Habermas von einem Rechtsstaat, der die Rechtssicherheit in einer Wirtschaftsgesellschaft sichern sollte, über den Sozialstaat, der für soziale Wohlfahrt zu sorgen hat, zu einem Sicherheitsstaat hin entwickelt, der präventiv gegen Gefahren in der Risikogesellschaft einschreiten soll.<sup>139</sup> Inwieweit diese Periodisierung historisch stimmig ist, braucht hier

---

<sup>138</sup> Habermas (1992: 526).

<sup>139</sup> Vgl. Habermas (1992: 524f.).

angesichts der grundsätzlichen Konsequenzen, die Verschiebungen in der Grundordnung konkret für den Staat und reflektierend für die politische Theorie haben, nicht erörtert zu werden. Wird einmal vorausgesetzt, dass sich die Grundordnung verändern kann, dann müssen die Bedingungen geklärt werden, unter denen Typologien der Rechtsordnung einerseits ausreichend dauerhaft gestaltet werden können, damit die Rechtsanwendungen nachvollziehbar bleiben und Rechtssicherheit gewährleistet werden kann.<sup>140</sup> Andererseits müssen sie ausreichend flexibel und kritisierbar sein, damit demokratisch gestaltete Lernprozesse, an denen alle Betroffenen beteiligt werden können, überhaupt möglich bleiben. Das liberale wie auch das sozialstaatliche Modell des Rechtsstaates berücksichtigen gemäss Habermas derlei Veränderungen nur unzureichend.<sup>141</sup> Solche Modelle laufen Gefahr, das Rechtsverständnis zu naturalisieren und die Wahl der funktionalen Rahmen sowie der Typologie rechtserheblicher Sachverhalte aus ihrem jeweiligen Modell herzuleiten, anstatt diese Wahl im gesamtgesellschaftlichen Zusammenhang und im lebensweltlich verwurzelten Rechtsverständnis zu verankern. Die bloß theoretische Rationalisierung droht, das Rechtsverständnis auf bestimmte Eigenschaften zu reduzieren, und essentialisiert auf diese Weise eine kontingente Konfiguration von Eigenschaften, wie dies beispielsweise dann der Fall ist, wenn das öffentlich relevante Menschsein durch die Teilhabe am Marktgeschehen bestimmt wird.

Derart erstarrte Naturalisierungen, die die Grundordnung der Gesellschaft als gegeben betrachten, sollen im Rahmen eines prozeduralistischen Rechtsparadigmas aufgelöst werden. Der Druck auf die Naturalisierungen erfolgt allerdings nicht unmittelbar ausgehend von der Diskurstheorie. Sie macht allein die Voraussetzungen einer rechtsstaatlichen Kommunikation begreiflich, die ermöglichen soll, dass die übrigen Handlungssysteme sowie eine zivilgesellschaftlich geprägte Lebenswelt Druck auf die Naturalisierungen im Recht ausüben können. Wie deutlich wurde, sieht Habermas in den Handlungssystemen und der Lebenswelt – und nicht in der Gesellschafts- oder Rechtstheorie – die Quellen des Rechtsverständnisses. Diese bleiben aus der Sicht der politischen Theorie die Grundlagen der Legitimation des Rechts unabhängig davon, welche gesellschaftliche Ordnung historisch vorliegt.

---

<sup>140</sup> Der Rechtsphilosoph Reinhold Zippelius diskutiert folgenden Aspekte der Rechtssicherheit: Orientierungssicherheit kraft Einzelentscheidungen und über rechtserhebliche Sachverhalte, Klarheit und Transparenz des Rechts, Kontinuität der Rechtsordnung sowie die Antinomie zwischen generell abstraktem Recht und Billigkeit im konkreten Einzelfall. Zippelius (1989: 160-171).

<sup>141</sup> Dazu Habermas (1992: 504f., 528).

Heute fällt die Gesellschaftsordnung einerseits durch einen ethischen Pluralismus bezüglich der Handlungserwartungen wie auch durch einen epistemischen Pluralismus der grundlegenden Ordnungen auseinander. Der Pluralismus relevanter Handlungszusammenhänge multipliziert die Effizienzkriterien, nach denen staatliche Maßnahmen beurteilt werden können, und er tritt bei der Umsetzung von Regulationsprogrammen besonders deutlich zutage. Er beeinträchtigt die Selbstverständlichkeiten der Sachverständigen, mit denen die Regulationsmaßnahmen umgesetzt werden und stellt die Behörden vor große praktische Herausforderungen. Politische Theorien und Rechtstheorien wiederum sehen sich auf zwei unterschiedliche Weisen durch den Pluralismus herausgefordert: Entweder sie setzen selbst eine bestimmte Ordnung voraus, dann werden sie wie die Praxis der Behörden unmittelbar in Frage gestellt; oder die Theorie ist im Prinzip gegenüber einem Pluralismus der Ordnungen offen, muss aber die Bedingungen formulieren können, nach denen Kontroversen um die grundlegende Ordnung gelöst werden können.

Der Pluralismus der Handlungszusammenhänge untergräbt den Glauben an eine bestimmte vorgegebene Grundordnung, von der sowohl das liberale wie auch das sozialstaatliche Modell ausgehen. Diese sehen durch das Vordringen des regulativen Rechts ihre eigene Grundordnung und so auch ihr Modell bedroht. Theoretisch wie auch konkret politisch reagieren diese Modelle mit dem unbedingten Erhalt der von ihnen unterstellten Grundordnung. Sozialstaatliche Modelle versuchen beispielsweise durch verstärkte Umverteilung dafür zu sorgen, dass Fürsorgeleistungen seitens des Staates weiterhin finanzierbar bleiben, während liberale Modelle teilweise zu neoliberalen Empfehlungen greifen, indem durch Deregulation das Kräftespiel des freien Marktes wieder ermöglicht werden soll, so dass die Wirtschaftsordnung wieder ihre zentrale Stellung einnehmen kann. Dagegen ist das prozeduralistische Rechtsparadigma nicht an eine bestimmte Grundordnung gebunden. Die angemessene Reaktion auf die Krise ist daher nicht der unbedingte Erhalt einer sozialstaatlichen oder wirtschaftlichen Grundordnung, sondern sie besteht in der institutionellen Anpassung der Entscheidungsverfahren. So ist für Habermas das „Vordringen des regulativen Rechts [...] nur der *Anlass* für die Auflösung einer bestimmten historischen Gestalt rechtsstaatlicher Gewaltenteilung.“<sup>142</sup> Diese Gewaltenteilung setzt in den konkretistischen Modellen voraus, dass die Gesetzgebung und die Anwendung sowie der Vollzug stets mit denselben Gefügen aus Dingen und Handlungserwartungen konfrontiert sind. In der liberalen Wirtschaftsordnung werden die Dinge bei-

---

<sup>142</sup> Habermas (1992: 528).

spielsweise auf Eigentum und Handelswaren reduziert, und die grundlegende Handlungserwartung besteht im gewinnbringenden Gütertausch.

Solange derlei Gefüge stabil und eindeutig erscheinen und einfach ins Recht übernommen werden können, besteht keine Notwendigkeit bezüglich derselben zu wählen, und das Recht muss keine begründungsbedürftige Wahl treffen. Doch sobald der gesellschaftliche Wandel die Grundordnung vervielfältigt oder auflöst, verliert die Wahl ihre Selbstverständlichkeit und muss begründbar werden. Generell abstrakte Rechtsnormen geben aber für diese Wahl keine Kriterien, und die herkömmliche Aufgabenteilung zwischen den Gewalten versagt hier, da die Gestalt der Rechtswirklichkeit unzureichend präzise vorgezeichnet ist. Sobald sich das Recht nicht bloß mit einem ethischen Pluralismus konfrontiert sieht, in dem unterschiedliche Handlungserwartungen vorgezogen werden, sondern einem Pluralismus relevanter Handlungszusammenhänge gegenüber tritt, genügen die rechtsstaatlichen Verfahren nicht mehr, mit denen konfligierende Handlungserwartungen verbindlich geregelt werden können.

Entgegen der funktionalistischen Erwartung, ist die Aufgabe der Gesetzgebung gegenüber Anwendung und Vollzug nicht mit den direktdemokratischen oder parlamentarischen Verfahren abgeschlossen, da bei der Konkretisierung der Rechtsnormen weitere normative Fragen unvermeidlich sind. So „ergibt sich die Notwendigkeit einer anderen Institutionalisierung der Gewaltenteilung.“<sup>143</sup> Diese folgt nicht mehr den funktional begründeten Grenzen zwischen den institutionalisierten Gewalten und deren Kompetenz- und Machtverhältnissen, sondern soll den Rückgriff auf verschiedene Sorten von Gründen und grundlegende Prinzipien erlauben. Habermas ist der Ansicht, dass sich daraus eine andere Logik für die rechtsstaatlichen Verfahren im Rahmen geteilter Gewalten ergibt:

[Eine neu gestaltete Gewaltenteilung] verlangt die Institutionalisierung verschiedener Diskurse und entsprechender Kommunikationsformen, die – *gleichviel in welchem Kontext* – Zugriffsmöglichkeiten auf entsprechende Sorten von Gründen eröffnen.<sup>144</sup>

Eine solcherart neu gestaltete Gewaltenteilung, so legt Habermas nahe, organisiert die Kompetenzen der Gewalten nicht mehr starr entlang der zwei maßgeblichen Sorten von Gründen: pragmatische Erwägungen in instrumentellem Handeln und im Vollzug von Regulationsmaßnahmen sowie normative Rechtfertigungen in kommu-

<sup>143</sup> Habermas (1992: 528).

<sup>144</sup> Habermas (1992: 528f.).

nikativem Handeln und in der Gesetzgebung.<sup>145</sup> Vergleichbar mit der Auflösung der Autorität des Status der Sachverständigen, der in der bisherigen Analyse der Krise des Rechtsstaates aufgezeigt wurde, lösen sich hier die klaren Grenzen zwischen den staatlichen Gewalten auf. Normative Entscheidungen werden nicht mehr allein durch Parlamente oder allenfalls in Grundsatzentscheiden durch die Gerichte gefällt, sondern auch die Verwaltungen bedienen sich normativer Erwägungen, wenngleich diese mittels Naturalisierungen kaschiert werden. Deshalb muss die Gewaltenteilung so überdacht werden, dass die Verwaltungen für eine Kritik ihrer Naturalisierungen aufnahmebereit werden.

Die Krise des Rechtsstaates beruht nach dieser Analyse auf der verhüllten Normierung von Handlungserwartungen, die kraft der Naturalisierungen der Verwaltung ihre normalisierende Wirkung entfaltet, so dass normative Erwägungen gleichermaßen allgegenwärtig wie institutionell verborgen sind. Die Krise beruht auf diesem Zwiespalt, und das „Irritierende an der gegenwärtigen Situation besteht in der breiten Diffusion des tatsächlichen Zugriffs auf normative Gründe.“<sup>146</sup> Da es im prozeduralistischen Rechtsparadigma keine theoretisch vorgängig begründete Ordnung gibt, sollte die Empfehlung aus der Sicht einer diskurstheoretisch fundierten politischen Theorie lauten, dass die Gewaltenteilung an das gelebte Rechtsverständnis angepasst werden müsste, das die sich auflösenden Grenzen widerspiegelt. Andererseits fußt die Diskurstheorie in den transzendental-pragmatischen Voraussetzungen, die für eine herrschaftsfreie Kommunikation gegeben sein müssen, damit Geltungsansprüche unverzerrt eingelöst werden können.<sup>147</sup> Habermas setzt keine bestimmte Gesellschafts- oder Naturordnung voraus, sondern setzt die grundlegende Ordnung auf einer tieferen Ebene bei den Kommunikationsvoraussetzungen an.

Doch nun sieht sich die Diskurstheorie des Rechts mit der Schwierigkeit konfrontiert, dass die Logik, mit der die Gewaltenteilung gerechtfertigt wird, zerfließt. Dies wird augenfällig, wenn die obige Empfehlung von Habermas mit anderen Erläuterungen zur Gewaltenteilung verglichen wird, die er in einem Abschnitt von *Faktizität und Geltung* vorlegt, der der Diagnose der Krise des

---

<sup>145</sup> Siehe zur Unterscheidung von instrumentell pragmatischem und kommunikativem Handeln Habermas (1968: 62) und Erläuterung der Gewaltenteilung aufgrund der unterschiedlichen Begründungsformen bei instrumentell pragmatischem und kommunikativem Handeln Habermas (1992: 208-237).

<sup>146</sup> Habermas (1992: 529).

<sup>147</sup> Vgl. zur transzendental-pragmatischen Grundannahmen der Diskurstheorie Habermas' Abgrenzung gegenüber Apel in Habermas (1991a: 190-195).



Rechtsstaates vorausgeht.<sup>148</sup> Dort vermeidet er ebenfalls eine konkretistische Vorstellung von Gesetzgebung, Justiz und Verwaltung. Doch da er an dieser Stelle noch nicht die Abspaltung der Expertenkulturen diskutiert, stellt sich dort das Problem eines Pluralismus vielfältiger Handlungssysteme noch gar nicht. Der konkretistischen Vorstellung, die die faktisch gegebene Institutionalisierung der Gewaltenteilung auch als unhinterfragbar gültig ansieht, entzieht sich Habermas bei der Diskussion der Gewaltenteilung, indem er einen abstrakten Gesichtspunkt stark macht:

Erst unter den abstrakten Gesichtspunkten der Verfügung über verschiedene Sorten von Gründen und der Zuordnung entsprechender Kommunikationsformen lassen sich die konkreten Formen der Institutionalisierung von Grundsätzen, die sich aus der Logik der Gewaltenteilung ergeben, beurteilen.<sup>149</sup>

Die faktisch geltende Institutionalisierung kann gemäss Habermas nur dann kritisiert werden, wenn ein allgemeingültiger Standpunkt eingenommen werden kann, der einerseits Vergleiche zulässt und andererseits selbst begründet werden kann. Habermas entwickelt mit der Diskurstheorie die Ansicht, dass die theoretische Unterscheidung von Sorten von Gründen einen solchen abstrakten Standpunkt liefert. Aus diesen verschiedenen Sorten können unterschiedliche ideale Kommunikationsformen abgeleitet werden. Bei einer solchen Argumentation entsprechen die Logik der Gewaltenteilung und die Zuordnung von normativen gegenüber pragmatischen Gründen – im Gegensatz zum Zitat aus der Analyse der Krise des Rechtsstaates – noch weitgehend dem klassischen Schema der Gewaltenteilung. Diese Logik gewinnt Habermas aus der argumentationslogischen Unterscheidung der verschiedenen Sorten von Gründen:

Argumentationslogisch betrachtet, ergibt sich die Kompetenztrennung zwischen gesetzgebenden, gesetzanwendenden und gesetzvollziehenden Instanzen aus der *Verteilung von Zugriffsmöglichkeiten auf verschiedene Sorten von Gründen* und aus der Zuordnung entsprechender Kommunikationsformen, die die Art des Umgangs mit diesen Gründen festlegen. Uneingeschränkter Zugriff auf normative und pragmatische Gründe hat allein der Gesetzgeber, dies allerdings nur im Rahmen eines auf die Normenbegründungsperspektive festgelegten demokratischen Verfahrens.<sup>150</sup>

Der argumentationslogische Blick auf die Kompetenztrennung der drei staatlichen Gewalten, Gesetzgebung, Justiz und Verwaltung, verdeutlicht, dass gemäss der Diskurstheorie die spezifische Differenz zwischen diesen Gewalten daran festzumachen ist, auf welche Sorte von Gründen (pragmatische oder normative) diese zu-

---

<sup>148</sup> Zu den Prinzipien des Rechtsstaates und der Logik der Gewaltenteilung in Habermas (1992: 208-237).

<sup>149</sup> Habermas (1992: 236).

<sup>150</sup> Habermas (1992: 235f.).

rückgreifen. Daraus ergeben sich die Kommunikationsformen und die Kriterien für die angemessene rechtsförmige Institutionalisierung der Entscheidungsverfahren innerhalb der jeweiligen Gewalt. Allerdings ist hier die Differenz nicht absolut: die Gesetzgebung greift – in rechtsförmig festgelegten Verfahren – sowohl auf pragmatische wie normative Gründe zurück, während sich die Verwaltung auf pragmatische und die Justiz auf normative Gründe beschränken soll.<sup>151</sup>

Das eigentliche Problem für die Gewaltenteilung wird aber durch die argumentationslogische Unterscheidung von Gründen nicht berührt. Diese Unterscheidung gibt keine erschöpfende Auskunft darüber, wie die Institutionalisierung der entsprechenden Diskurse zu erfolgen habe. Gemäss den obigen Erläuterungen zum ohnmächtigen Rechtsverständnis müssen die rechtsstaatlichen Verfahren die rechtliche Gleichheit für die einzelne Person erfahrbar machen, damit einerseits Gefühle der Missachtung thematisiert werden können und andererseits die Souveränität des Rechts mit der Volkssouveränität verbunden bleibt. Die Unterscheidung von Sorten von Gründen bestärkt dagegen die funktionale Differenzierung, die klare Trennungslinien zieht und der Gleichheit Grenzen setzt. Der Widerspruch zwischen den Aussagen Habermas' bei der Diskussion der Gewaltenteilung und seinen Empfehlungen angesichts der Krise des Rechtsstaates erschließt sich darin, dass Habermas zum einen empfiehlt, dass die Zugriffsmöglichkeiten auf die Sorten von Gründen „gleichviel in welchem Kontext“<sup>152</sup> eröffnet werden müssen, um die Krise des Rechtsstaates zu überwinden. Hier wird empfohlen, die funktionalistisch begründeten Trennungen zu durchbrechen. Zum anderen ist seine vorausgehende Darstellung der Gewaltenteilung dem klassischen, funktionalistisch differenzierten Schema weiterhin stark verbunden, wenn „schließlich der Verwaltung der konstruktive und rekonstruktive Umgang mit normativen Gründen verwehrt“<sup>153</sup> bleibt.

Dieser Widerspruch lässt sich zugunsten von Habermas auflösen, wenn für die Organisation des Staates an den historisch gewachsenen, getrennten Gewalten festgehalten wird. Dies führt zu einem dialektischen Verhältnis zwischen der faktischen Organisation der Gewalten und konkret geltend gemachten Ansprüchen, die die bestehenden Verhältnisse kritisieren und eine verbesserte Organisation anstreben. Nicht die Diskurstheorie selbst gibt dann die ideale Gewaltenteilung vor, da sie allein die diskurstheoretischen Bedingungen für die Aushandlungsprozesse festlegt. Die Dialektik spielt zwischen der bestehenden Ordnung und den Anpassungsforde-

---

<sup>151</sup> So Habermas (1992: 236).

<sup>152</sup> Habermas (1992: 529).

rungen, die vorgebracht und begründet werden. Auf diese Weise trägt das prozeduralistische Rechtsparadigma auch dem Umstand Rechnung, dass in der Verwaltung – entgegen den idealisierten Vorgaben – tatsächlich auch normative Fragen geklärt werden. Es unterstellt nicht einfach, dass die Verwaltung aufgrund ihrer Funktion nur noch pragmatische Entscheidungen beim Vollzug des Rechts zu treffen hat. Anstatt die ebenfalls anfallenden normativen Entscheidungen durch Naturalisierungen scheinbar zu versachlichen, sollen diese nun an die Rechtsöffentlichkeit zurückgespielt werden. Wenn Rechtssetzungsprogramme durch Verwaltungsentscheide konkretisiert werden, soll die dazu notwendige Legitimation gleichsam nachträglich abgeholt werden. Daher empfiehlt Habermas:

Die zusätzliche Legitimationsbürde könnte durch Rechtfertigungszwänge vor einem erweiterten justizkritischen Forum abgegolten werden. Dazu bedürfte es der Institutionalisierung einer Rechtsöffentlichkeit, die über die bestehende Expertenkultur hinausreicht und hinreichend sensibel ist, um problematische Grundsatzentscheidungen zum Fokus öffentlicher Kontroversen zu machen.<sup>154</sup>

Die Legitimation, die von der Verwaltung zusätzlich eingefordert wird, soll deren Legitimationsdefizit überwinden helfen. Insofern besteht bereits ein Rechtfertigungsbedarf, der aber aus Mangel an institutionalisierten Verfahren nicht erwidert werden kann. Die entsprechenden Argumente müssten über die Erwägungen der Sachverständigen hinausgehen und eine kritische Reflexion der geltenden Entscheidungsverfahren und –grundlagen eröffnen.

Problematisch an dieser Idee erscheint mir, dass unklar ist, wodurch der Rechtfertigungszwang zustande kommt. Nach einer ersten Deutung ist er eine Folgeerscheinung von Regulationsrecht, das als Finalprogramm erlassen wurde, von dem der Gesetzgeber bereits beim Erlass wissen musste, dass beim Vollzug normative Fragen auftauchen werden. Dann hat der Gesetzgeber seine Aufgabe nicht beendet und behält sich vor, mittels der von Habermas vorgeschlagenen Foren die Rechtswirklichkeit mitzugestalten. Diese gleichsam nachholende Demokratisierung mag vor dem Hintergrund plausibel erscheinen, dass die Probleme der Verwaltung allein durch die „Ausweitung des Zeithorizonts“ entstehen.<sup>155</sup> Die demokratische Rückkoppelung erlaubt dann, die Regulationsmaßnahmen begleitend demokratisch zu reflektieren. Doch der Status dieser gleichsam nachholenden mehr oder weniger demokratischen Legitimierung ist unklar, nur schon weil das Verhältnis von diesen Foren zu den üblichen Verfahren der Gesetzgebung unklar bleibt. Die Gesetzgebung

---

<sup>153</sup> Habermas (1992: 236).

<sup>154</sup> Habermas (1992: 530).

<sup>155</sup> Habermas (1992: 522).

ist darauf spezialisiert, Konflikte über Handlungserwartungen durch verbindliche Rechtsnormen zu schlichten. Angesichts des Pluralismus möglicher grundlegender Ordnungen wird aber die epistemische Repräsentation der Dinge durch die Sachverständigen und Expertenkulturen problematisch. Diese synchrone Auffächerung der Handlungshorizonte ist auch durch eine nachholende Legitimierung nicht in den Griff zu kriegen. Diese beruht allein auf der Hoffnung, dass in der Zwischenzeit ein ausreichender gesellschaftlicher Lernprozess erfolgt ist, in dem ein hinreichend breit verankertes Rechtsverständnis entwickelt wurde.

Nach einer zweiten Deutung geht der Rechtfertigungsdruck von einer interessierten Öffentlichkeit aus, die verlangt, dass die Behörden ihre Entscheidungen transparent machen und allenfalls die Effizienzerwägungen der Sachverständigen öffentlich erläutern. Dieses Anliegen ist in den Verfahren partizipativer Technikfolgenabschätzung, Konsenskonferenzen oder Publiforen teilweise in die Tat umgesetzt worden. In diesen Verfahren wird allerdings der Status der Sachverständigen kaum hinterfragt, sondern vielmehr wird deren Autorität reproduziert, und zudem erzeugen sie bisher keine rechtlich bindenden Entscheidungen, sondern dienen vor allem dazu, politisches Kapital zu mobilisieren, das dann in Gesetzgebungsprozesse einfließt.<sup>156</sup> Daher weisen solche partizipativen Verfahren nicht weit genug über die Expertenkulturen hinaus. Der Lernprozess soll allein von den Sachverständigen vorangebracht werden, wodurch die spezifischen Anforderungen an die Typologien rechtserheblicher Sachverhalte ausgeblendet werden. Im Ergebnis sind diese Foren im ersten Fall von den demokratischen Verfahren der Gesetzgebung zuwenig unterschieden, als dass sie eine eigenständige Funktion wahrnehmen könnten, oder aber sie bleiben wie bei der zweiten Deutung Teil einer allgemeinen öffentlichen Kommunikation, deren Ergebnisse sich in einem weiteren Schritt ebenfalls nur über die Gesetzgebung Geltung verschaffen können.

Der Rechtfertigungszwang, den Habermas stark macht, zügelt zwar die allfällige Tendenz zur illegitimen Machtentfaltung, die angesichts der immer stärker werden den Verwaltungen zu beobachten ist. Aber die bisherige Analyse hat gezeigt, dass weniger diese Machtentfaltung problematisch ist, da die fehlende Legitimation der Verwaltungsentscheidungen eher zu einer Ohnmacht der Behörden führt, so dass Sachverständige in die Lücke springen, die das Legitimationsvakuum aufmacht.

---

<sup>156</sup> Vgl. die kritische Einschätzung der Konsequenzen solcher partizipativer Technikfolgenabschätzungen auf die öffentliche, mediale und politische Diskussion im Rahmen einer Selbstevaluation europäischer Organisationen, die solche Konferenzen durchgeführt haben, in Klüver et al. (2000 : 154-168).

Die scheinbare Versachlichung des Vollzugs, die durch den Einfluss der Sachverständigen verstärkt wird, hat zur Folge, dass normative Fragen durch Naturalisierungen verdrängt werden. Habermas' Empfehlung führt sowohl zu zusätzlicher nachholender Gesetzgebung als auch zur Forderung nach mehr Transparenz der Verwaltung.<sup>157</sup> Beides kann zugegebenermaßen den Druck auf die Naturalisierungen der Sachverständigen erhöhen, aber die Empfehlungen geben keine Kriterien an die Hand, wie Entscheidungen über die angemessenen Typologien rechtsförmig zu gestalten wären. Dahingehend bleiben Habermas' Vorschläge unzureichend, obwohl er um die Bedeutung pragmatischer Erwägungen aufgrund von Typologien oder Naturalisierungen weiß.

Im Sinne eines prozeduralistischen Rechtsparadigmas soll das geltende Recht durch die Betroffenen reflektiert werden können, und es soll vermieden werden, allein bei der Rechtssetzung noch beim lebensweltlichen Rechtsverständnis stehenzubleiben. Beide müssen der rationalisierenden Reflexion der Rechtsgemeinschaft offen stehen. In diesem Sinn hält Habermas am „Kern des prozeduralistischen Rechtsparadigmas“ fest und übernimmt dazu die Formulierung von Ingeborg Maus, dass „die »durchgängige Kombination und wechselseitige Vermittlung rechtlich institutionalisierter Volkssouveränität« der Schlüssel zur demokratischen Genese des Rechts“<sup>158</sup> sei. Aber Habermas' Lösung hält hinsichtlich der Rationalisierung des lebensweltlichen Rechtsverständnisses nur dort eine Antwort bereit, wo faktische Handlungserwartungen in verbindliche Rechtsnormen abstrahiert werden. Dagegen bleibt die Rationalisierung von Rechtsparadigmen als „handlungsanleitende Situationsdeutungen“<sup>159</sup>, die im lebensweltlichen Rechtsverständnis verankert sein sollen im Dunkeln. Gerade bei der Regulation von Technologien wird ein lebensweltliches Rechtsverständnis durch die Rechtsauffassung der Sachverständigen ersetzt: Die epistemische Repräsentation der Dinge und rechtserheblichen Sachverhalte wird durch die Sachverständigen beherrscht. Die unzureichend legitimierte Effizienzerwägungen der Verwaltungen beruhen auf deren verallgemeinerten Situationsdeutungen.

Obschon Habermas in seiner Analyse auf die Bedeutung von Naturalisierungen hinweist, versucht er, deren Problematik allein normativ aufzulösen, und verkennt dabei deren epistemische Funktion. Er versäumt es, die Wahl funktionaler Rahmen und der Typologie von rechtserheblichen Sachverhalten als eigenständige Heraus-

---

<sup>157</sup> Habermas schlägt insbesondere die „erweiterte Partizipation der Bürger“ oder die „Verankerung plebiszitärer Elemente in der Verfassung (Volksabstimmung, Volksbegehren usw.)“ vor. Habermas (1992: 533).

<sup>158</sup> Habermas (1992: 532).

forderung im Rechtsstaat anzuerkennen, die eigens dazu institutionalisierte Verfahren im Sinne epistemischer Souveränität benötigt.

Die Institutionalisierung epistemischer Aushandlungsprozesse wird mit der Forderung nach epistemischer Souveränität angestrebt. Diese ist meines Erachtens bei Habermas bereits angelegt. Doch sie gelangt bei ihm nicht ausreichend zur Entfaltung, da er zu sehr aus einer Gegenposition zur systemtheoretischen und funktionalistischen Darstellung der Verwaltungstätigkeit heraus argumentiert. Da er eine Basis gemeinsamer Annahmen mit dieser Gegenposition teilen muss, die er in funktionalisierten Handlungserwartungen erkennt, entgeht seiner Argumentation dass nicht nur ein demokratietheoretisch relevanter Gegensatz besteht zwischen Normerwartungen, die funktional gelten, gegenüber solchen, die demokratisch gerechtfertigt sind. Denn auch Realitätsunterstellungen und Zuschreibungen von Akteurkompetenzen werden je nach Handlungsbereich und zu Grunde gelegter Ordnung qualifiziert.<sup>160</sup> Habermas sieht in seiner Abgrenzung gegenüber der Systemtheorie die Aufgabe der politischen Theorie darin, die von Systemen vorgegebenen Handlungserwartungen durch geeignete rechtsförmige Verfahren in legitime Rechtsnormen zu überführen. Dabei unterschätzt er die rechtstheoretische Herausforderung, die durch die rechtsförmig und demokratisch angemessene Gestaltung der Typologien rechtserheblicher Sachverhalte gestellt wird. In Anbetracht der bisherigen Ausführungen zeigt sich, dass ein analoges Problem wie bei den funktionalisierten Handlungserwartungen auch für Typologien von Situationsdeutungen gilt, die von Sachverständigen vorgegeben werden.

---

<sup>159</sup> Habermas (1992: 527).

<sup>160</sup> Die unterschiedlichen Formen der Qualifikation der maßgeblichen Eigenschaften von Dingen und der zu berücksichtigenden Kompetenzen von Personen in normativen Diskursen haben Boltanski und Thévenot in ihren umfangreichen Forschungen untersucht; vgl. beispielsweise ihre Darstellung in Abgrenzung zu Walzer und Rawls in Boltanski & Thévenot (2000: 219f., 222-226).

## 2 Naturalisierungen und qualifizierte Rechtfertigungen

Die Krise des Rechtsstaats, die Jürgen Habermas in *Faktizität und Geltung* diagnostiziert, habe ich im ersten Teil erläutert. Habermas zeigt auf, dass die Krise auf unzureichend transparent und partizipatorisch organisierte Entscheidungsprozesse in den Verwaltungen zurückgeht. Diese Prozesse erscheinen von öffentlichen Diskursen entkoppelt, und so entsteht der Eindruck illegitimer Machtentfaltung. Die Kritik entzündet sich an der Spannung zwischen demokratischer Gleichheit und dem Status von Sachverständigen. Die demokratische Genese des Rechts soll Macht kontrollieren und Legitimität schaffen, indem wechselseitige Rechtfertigungen über die Ausgestaltung der Rechtswirklichkeit eingefordert werden. Andererseits wird mit dem Status von Sachverständigen begründet, dass Bereiche von Entscheidungen aus der demokratischen Diskussion ausgeklammert werden, die pragmatisch und aufgrund von Effizienzüberlegungen gefällt werden sollen. Da aber Sachverständige in ihren Urteilen auch normative Entscheidungen fällen, die nicht mehr an die demokratischen Aushandlungsprozesse zurückgebunden werden, entsteht für Habermas eine Kluft zwischen der demokratischen Legitimation des Rechts und der Rechtfertigung der Rechtswirklichkeit im Vollzug durch die Sachverständigen. Diese Kluft beschreibt er als eine Entkoppelung der Expertenkulturen.

Diese Entkoppelung ist allerdings weniger im Sinn einer sozialen Gruppe oder Klasse zu verstehen, sondern sie weist darauf hin, dass die Rechtfertigungen der Rechtswirklichkeit, die die Verwaltungen gestalten, nicht mehr bis in die Kommunikationen der Öffentlichkeit reichen. Die Entkoppelung der Expertenkulturen ist folglich nicht ein Problem der Sozialstruktur sondern der Kommunikation von Gründen im Rechtsstaat. Sie berührt daher unmittelbar die Kommunikationsbedingungen im Rechtsstaat, und betrifft nur mittelbar Machtstrukturen, wo der Status von Entscheidungsträgern und deren Maßnahmen unzureichend begründet werden. Habermas ist der Ansicht, dass sekundäre Naturwüchsigkeiten die Kette der Begründungen zwischen Verwaltungen und Öffentlichkeit abreißen lassen, so dass die Verwaltungstätigkeit ihre Legitimationsbasis verliert. Ich habe diese Diagnose im ersten Teil dahingehend erläutert, dass die beanstandeten Entscheidungen festlegen, welche Sachverhalte für den Vollzug von Rechtsnormen erheblich sein sollen. Diese Genese der Typologien rechtserheblicher Sachverhalte ist nicht mehr Teil der demokra-

tischen Genese des Rechts, wenn die Maßstäbe der Rechtsanwendung von den Verwaltungen in einer Weise festgelegt werden, dass sie für Außenstehende nicht nachvollziehbar und zufällig erscheinen. Die von den Verwaltungen gestaltete Rechtswirklichkeit verliert den legitimierenden Kontakt zur Öffentlichkeit.

Unter solchen Umständen erzeugt die Genese rechtserheblicher Sachverhalte in der Terminologie von Habermas „sekundäre Naturwüchsigkeit“<sup>161</sup> oder – um mit Mary Douglas zu sprechen – Naturalisierungen.<sup>162</sup> Naturalisierungen verleihen der Wirklichkeit eine überindividuell geltende kognitive Struktur. Douglas schlägt dieses Konzept vor, um zu erklären, wie überindividuell gültige Orientierungen möglich werden, auf die die Handlungskoordination abstellt. Solche kognitiven Strukturen sind daher nicht auf die Handlungskoordination von Behörden beschränkt. Sekundäre Naturwüchsigkeiten in der Konzeption von Habermas legen den Entscheidungen der Verwaltungen gleichfalls eine kognitive Struktur zu Grunde. Werden diese sekundären Naturwüchsigkeiten als Naturalisierungen im Stile von Douglas gedeutet, dann ergeben sich namentlich zwei wichtige Konsequenzen: Während die Rede von sekundären Naturwüchsigkeiten nahe legt, dass diese durch eigentliche, primäre Naturwüchsigkeiten ersetzt werden, kennt das Konzept der Naturalisierungen keine solche feste Hierarchie. Zweitens konstituieren Naturalisierungen Institutionen und nicht Organisationen, so dass Recht als Institution, das die Rechtsgemeinschaft aufgrund eines (wenngleich heterogenen) Rechtsverständnisses vereint, von Recht als Organisation unterschieden werden muss, dass dieses Rechtsverständnis verbindlich regelt und die Gemeinschaft nach Rechten und Pflichten gliedert.

Insofern jede Handlungskoordination eine gemeinsame kognitive Struktur voraussetzt, werden die Entscheidungen sowie Begründungen an die jeweilige Struktur gebunden. Die naturalisierte kognitive Struktur erzeugt ein Bezugsraster, das Gründe nach ihrem unterschiedlichen argumentativen Gewicht organisiert. Diese Einsicht lässt sich durch die Arbeiten von Luc Boltanski und Laurent Thévenot verfeinern, die aufzeigen, dass die Wahl von relevanten Typen von Gründen gegenüber unerheblichen auf der Qualifikation von Personen und Dingen beruht.<sup>163</sup> Dieser Prozess erzeugt für bestimmte Handlungszusammenhänge idealisierte Umgebungen und Akteure. Auf diese Weise sind drei unterschiedliche Wege skizziert, wie sekun-

---

<sup>161</sup> Habermas (1992: 519).

<sup>162</sup> Siehe zur Funktion von Naturalisierungen für die Stabilisierung von Institutionen Douglas (1991). Roland Barthes hat wiederum eine semiotische Konzeption der Naturalisierung formuliert, die ich hier nicht verwende; vgl. dazu Barthes (1964: 88-115).



däre Naturwüchsigkeiten theoretisch zu fassen sind, deren Differenzen ich in diesem Teil aufzeigen möchte: Habermas fügt Naturalisierungen in die Diskurstheorie ein, die Gründe nach Weltbezügen und Sorten von Gründen ordnet. Als Folge dieses Ansatzes können Naturalisierungen keine eigenständige begründende Kraft in Diskursen entwickeln. Douglas macht Naturalisierungen zum Fundament einer gemeinsamen Welt, indem die kognitiven Strukturen Gleichheiten und Vergleichbarkeit erzeugen. In der Folge sind Naturalisierungen eine notwendige Bedingung von Institutionen. Die Ansätze von Habermas und Douglas stehen sich demnach antithetisch gegenüber. Diesen Gegensatz werde ich mittels der Unterscheidung von Recht als Organisation und Recht als Institution auflösen. Die Synthese ist eine Rechtstheorie, die ein dreidimensionales Bezugssystem zu Grunde legt, dass sich zwischen Diskurs, Organisation und Institution aufspannt. Der Ausgangspunkt dieser Synthese sind die Arbeiten von Boltanski und Thévenot. Sie führen Naturalisierungen auf Handlungsordnungen zurück, so dass Typen von Gründen nicht wie bei Habermas anhand formaler Weltbezüge geordnet werden, sondern aufgrund der institutionellen Verhältnisse für Handlung und Verständigung. Das bedeutet, dass das Recht nicht mit Bezug auf formale Weltbezüge organisiert wird, sondern dass es gestützt auf institutionelle Ordnungen der konkreten Rechtsgemeinschaft verbindlich erzeugt wird. Zwar soll auch gemäss Habermas die Rechtsordnung von den Bürgerinnen und Bürgern ausgehen.<sup>163</sup> Doch ich werde im Folgenden zeigen, dass die weitere theoretische Konzeption bei Habermas ungenügend ist: Die Organisationen der Zivilgesellschaft, der Status von Überzeugungen im Diskurs und die Konzeption des Alltags als Lebenswelt erzeugen Spannungen im Theoriegebäude von Habermas, die ich Schritt für Schritt aufzeigen werde.

Leitend wird insgesamt die Frage sein, wie diese unterschiedlichen Konzeptionen festlegen, was für Gründe für die verbindliche Handlungskoordination im Recht ausschlaggebend sind. Mein Augenmerk werde ich auf die Entfaltung der kognitiven Strukturen richten, mit denen im Vollzug die wahren Beschaffenheiten der Dinge festgelegt werden. Derlei konzeptionelle Entscheidungen sind grundlegend dafür, wie insbesondere Aussagen über Technologien und technische Artefakte analysiert und eingeordnet werden können.

---

<sup>163</sup> Siehe etwa Boltanski & Thévenot (1991, 1999 und 2000).

<sup>164</sup> Vgl. Habermas (1992: 160f.).

Während nun Habermas empfiehlt, die sekundären Naturwüchsigkeiten an die Öffentlichkeit zurückzuspielen, so dass die Kette der Begründungen wieder geschlossen werde, möchte ich zeigen, dass die Qualifikation von Rechtfertigungsgrundlagen für die Behörden unabdingbar ist und dies nicht von einer rechtsförmig unstrukturierten Öffentlichkeit geleistet werden kann. Die Differenz zu Habermas besteht folglich darin, dass ich zunächst nicht die Ansicht teile, dass die bloße Partizipation der Öffentlichkeit genügen wird, um Legitimation wieder herzustellen. Diese Öffentlichkeit fasst Habermas als Zivilgesellschaft, die in einer Weise konzipiert wird, die an die freien Teilnehmenden an zwanglosen Diskursen erinnert, nur dass jetzt nicht autonome Individuen den Bezugspunkt bilden, sondern nun sozial organisierte Akteure zwischen Individuen und Staat vermitteln. Den Kern der Zivilgesellschaft bilden nicht-staatliche oder nicht-ökonomische, freiwillige Zusammenschlüsse, die als veranstaltete Öffentlichkeit die Brücke zwischen den Kommunikationsstrukturen in der Öffentlichkeit und der Lebenswelt schlagen.<sup>165</sup> Wie ich zeigen werde, vermischt Habermas die Zivilgesellschaft als Institution, die ein geteiltes Rechtsverständnis wach hält, mit konkreten Organisationen, die dieses Rechtsverständnis artikulieren sollen. Habermas geht folglich von einer inhaltlichen Ebene (was für ein Verständnis von rechtlich relevanter Gleichheit gilt) zu einer organisatorischen Ebene über, auf der bestimmt wird, wer dieses Verständnis artikulieren soll (d.h. die Organisationen der Zivilgesellschaft). In meinem Ansatz verfolge ich das Ziel, die Ohnmacht der Verwaltung zu überwinden, ihre Entscheide zu legitimieren, während Habermas darauf abzielt, die illegitime Machtentfaltung der Sachverständigen einzudämmen. Wie ich bereits erläutert habe, erkennt Habermas hierbei, dass epistemische Autorität im Präventionsstaat eine andere Machtform als der ökonomische Status im Rahmen einer rechtsstaatlich gestalteten Wirtschaftsordnung entfaltet. Als Indikator für die unterschiedlichen Formen des Machtmissbrauchs diene im ersten Teil die Art der Missachtung, die angemahnt wird. Die Rechtfertigung des Eindrucks der Missachtung ist wiederum davon abhängig, welche Gründe und Rechtfertigungsgrundlagen in Anschlag genommen werden. Für die Analyse dieser Grundlagen sind Naturalisierung und Qualifikation hilfreiche Konzepte. Wenn ich mich nach der überwiegend rechtssoziologischen Diagnose der Krise des Rechtsstaats im ersten Teil nunmehr in meinem methodischen Vorgehen der zweiten Stufe zuwenden werde, bei der ich die Rechtfertigungsgrundlagen untersuche, werde ich mich von diesen Konzepten leiten lassen.

---

<sup>165</sup>

Siehe Habermas (1992: 443).

Auf diese Weise soll ein vertiefteres Verständnis der kontingenten Selektionen erarbeitet werden, mit denen Typologien rechtserheblicher Sachverhalte generiert werden. Das Ziel dieses zweiten Teils ist schließlich, Kriterien für illegitime Typologien zu bestimmen.

## 2.1 Faktizität des Rechts und die Wurzeln des Rechtsverständnisses

Habermas versucht in seiner Rechtstheorie aufzuzeigen, dass sich die rechtsförmige Handlungskoordination an Geltungsansprüchen orientiert. Bei der Rechtfertigung von Entscheidungen im Rechtsstaat verbinden sich die Normativität verbindlicher Handlungsorientierungen und die Rationalität verständigungsorientierten Handelns: Was zu tun ist, entscheidet sich gemäss Habermas einerseits vor dem Hintergrund von Rechtsnormen und deren legitimer Geltung und andererseits angesichts von praktischen Überlegungen, die die Effizienz beim Vollzug der Normen in einer faktisch gegebenen Wirklichkeit gewährleisten sollen.<sup>166</sup> Die Rechtsnormen gründen in einem allgemeinen Rechtsverständnis, das durch die rechtsstaatlichen Organe auf verbindliche Weise zur Geltung gebracht wird.

Hinsichtlich der Faktizität des Rechts sind indes zwei Aspekte zu unterscheiden: Zum einen beruhen die Entscheidungen der Behörden auf pragmatischen Effizienzerwägungen. Diese Erwägungen stützen sich auf Realitätsunterstellungen die über die Behörden hinaus geteilt werden. Insofern besitzt dieser Aspekt der Faktizität des Rechts einen institutionellen Charakter. Dagegen beruhen die Entscheidungen der Behörden auch auf rechtsförmig organisierten Kompetenzzuweisungen. Diese Kompetenzen grenzen die Behörden von anderen Akteuren ab, so dass eine Faktizität des Rechts kraft dessen Organisation entsteht. Faktizitäten und Naturalisierungen, die Rechtsauffassungen untermauern und als Grundlage von Rechtfertigungen dienen, werden somit ebenso innerhalb wie außerhalb der rechtsstaatlichen Organe vorgefunden. Faktizität ist daher nicht dem Recht allein eigen, sondern durchzieht als Institution in vielfältiger Weise die Gesellschaft, wo geteilte Realitätsunterstellungen und geltende Handlungserwartungen die Handlungskoordination stabilisieren. Diese institutionelle Faktizität kommt in alltäglichen Kontroversen darüber

<sup>166</sup>

Vgl. die Ausführungen in Habermas (1992: 17-24).

zum Ausdruck, was als rechtmäßig gelten soll oder was rechtens ist. Hier werden Geltungsansprüche erhoben und eingelöst, ohne dass diese Kommunikationen schon rechtsförmig organisiert wären. Erst wenn die gemeinsame institutionelle Grundlage versagt, müssen verbindliche, rechtsförmige Entscheidungsverfahren die Kommunikation organisieren.

#### *2.1.1.1 Zivilgesellschaft als Hort der Geltung?*

Habermas ist sich bewusst, dass die Festlegung des Rechtsverständnisses durch die Behörden mit Problemen behaftet ist, wie die Diskussion der Gewaltenteilung im ersten Teil gezeigt hat. Fragwürdig erschien insbesondere, ob es rechtstheoretisch genügt, die Gewaltenteilung mit formal unterschiedlichen Weltbezügen zu begründen, die verschiedene Sorten von Gründen unterscheiden.<sup>167</sup> Die Organisation des Rechts erzeugt eine Faktizität, die nicht allein an formalen Weltbezügen gemessen werden muss, sondern meines Erachtens auch die Faktizität des Rechts als Institution berücksichtigen muss, die zunehmend pluralisiert wird.

Ange­sicht eines Pluralismus von Ordnungen, in die der Vollzug eingebettet werden muss, wird die formale Unterscheidung zwischen objektiver und sozialer Welt unzureichend, da pragmatische Gründe, die aufgrund der objektiven Gegebenheiten eingebracht werden, und normative Gründe, die angesichts von Handlungserwartungen in der sozialen Welt geltend gemacht werden, nur noch im Rahmen begrenzter Ordnungen eindeutig erscheinen. Wenn maßgeblich wird, welche Ordnung zu Grunde gelegt wird, reichen formale Weltbezüge nicht mehr aus. Rechtstheoretisch entscheidend ist dann meines Erachtens, nach welchen Kriterien Typen oder Sorten möglicher Gründe voneinander geschieden werden, wenn das Rechtsverständnis durch rechtsstaatliche Organe strukturiert wird. Mit anderen Worten ist klärungsbedürftig, inwiefern die Behörden mit ihren Naturalisierungen die kognitive Struktur der rechtserheblichen gemeinsamen Ordnung festlegen. Daraus ergibt sich die Fragestellung, ob die Organisation des Rechts Naturalisierungen – oder sekundäre Naturwüchsigkeiten in der Terminologie von Habermas – notwendigerweise mit sich bringt und wie mit Naturalisierungen zu verfahren sei.

Mit den Organisationen der Zivilgesellschaft versucht Habermas einen Ort außerhalb des Rechtsstaats zu konstituieren, von dem aus auf die Faktizität der Rechts-

---

<sup>167</sup> Siehe zur Unterscheidung von Sorten von Gründen und dazugehörigen Diskursformen sowie deren Organisation durch die Gewaltenteilung, Habermas' Ausführungen zur Gewaltenteilung (Habermas, 1992: 208-237).

paradigmen der Behörden eingewirkt werden soll.<sup>168</sup> Unklar blieb allerdings, wie dies im Rahmen von der rechtsstaatlichen Organisation geschehen soll. Tatsächlich muss Habermas' Empfehlung unklar bleiben, da sie keine Lösung anbietet, sondern eher ein Paradox formuliert: Neben den rechtsstaatlichen Behörden führt Habermas mit den Organisationen der Zivilgesellschaft alternative Organe ein, die anscheinend ebenso legitimiert sind, das Rechtsverständnis zu artikulieren. Aber obschon Habermas deren Legitimation herausstreicht, nennt er kaum Verfahren, mit denen diese ihre Ansichten legal und rechtswirksam einbringen können. So baut die Diskurstheorie des Rechts eine Legitimation auf, die dann als Hort der Geltung gegen die Faktizität behördlicher Rechtsauffassungen stark gemacht werden kann.

Die Rede von den Organisationen der Zivilgesellschaft ist freilich ein theoretischer Hybrid, der die Nahtstelle zwischen Recht als Institution und Recht als Organisation bilden soll. Diese Organisationen sollen von außen auf die Behörden einwirken und in Krisensituationen alternative Rechtsparadigmen einbringen.<sup>169</sup> Doch die Rechtsform bleibt unklar, wenn die Steuerungsfunktion über den Einfluss hinausgehen soll, der durch die Gesetzgebung allen Bürgerinnen und Bürgern gleichermaßen gewährt wird. Rechtstheoretisch aufschlussreich ist daher die Frage, was für eine Kategorie von Rechten diese Organisationen zur Entfaltung bringen sollen.<sup>170</sup> Denn wenn es sich um eine besondere Kategorie von Rechten handelt, dann muss erläutert werden, inwiefern diese Kategorie der Organisationen der Zivilgesellschaft bedarf und nicht schlechterdings allen Bürgerinnen und Bürgern oder gar Betroffenen gleichermaßen unmittelbar offen stehen sollte.

Der Status von Bürgerinnen und Bürgern ist mit der allfälligen Gewährleistung solcher Rechte verbunden, die nicht nur die Rechtswirklichkeit verändern würde, sondern gleichermaßen zu einem gesellschaftlichen Wandel führen müsste. Habermas selbst geht in seinem Werk *Strukturwandel der Öffentlichkeit* davon aus, dass sich die Gesellschaft insofern in ihrer Struktur verändert, als die Gewährung von Rechten immer weitere Bereiche der Gesellschaft öffentlich wahrnehmbar und wirkungsmächtig macht.<sup>171</sup> In diesem Sinn kann sich die Öffentlichkeit nur dann gegenüber problematischen Rechtsparadigmen und Typologien rechtserheblicher Sachverhalte

---

<sup>168</sup> Siehe dazu die Diskussion der Rolle der Zivilgesellschaft und der politischen Öffentlichkeit in Habermas (1992: 399-467).

<sup>169</sup> In diesem Sinn etwa Habermas (1992: 449-451, 460f., 532f.).

<sup>170</sup> Meines Erachtens fallen diese Rechte in die fünfte Kategorie von Grundrechten, die Habermas (1992: 156f.) postuliert, und die „materiale Rechtsstellung“ von Bürgerinnen und Bürgern bei der „Ausgestaltung privater und öffentlicher Autonomie“ als Rechtswirklichkeit betrifft.

in den Behörden in rechtsförmig verbindlicher Weise artikulieren, wenn auch die dazu erforderlichen Rechtsmittel zur Verfügung stehen. Insofern ist es schleierhaft, warum Habermas die Auflösung der Krise des Rechtsstaats der Zivilgesellschaft aufbürdet, ohne die spezifischen Rechte deutlich zu machen, mit denen die Öffentlichkeit der Entkoppelung der Expertenkulturen entgegen wirken soll.

### 2.1.1.2 *Laienpublikum, Organisationen der Zivilgesellschaft und Diskurse*

Ein diskurstheoretisch naheliegender Grund dafür, dass der zivilgesellschaftliche Druck auf die Behörden keine deutlichere Rechtsform erhält, besteht darin, dass die kommunikative Macht nicht durch deren Organisation eingeschränkt werden soll. Doch dann bleibt unklar, welche Akteure der Rechtswirklichkeit zustimmen sollen: das Laienpublikum, die Bürgerinnen und Bürger, die Organisationen der Zivilgesellschaft oder Personen im Diskurs.

Im Argumentationsgang von *Faktizität und Geltung* entfaltet Habermas die kommunikative Macht als Ausgangspunkt und korrigierende Macht gegenüber der administrativen Macht der Behörden.<sup>172</sup> So entwickelt er ein Konzept des Rechtsstaats, dass meines Erachtens für die Bewältigung der Krise des Rechtsstaates unzureichend bleibt. Der tieferliegende Grund für dieses Scheitern von Habermas sehe ich darin, dass er die Probleme, die sich durch die „materiale Rechtsstellung“ von Bürgerinnen und Bürgern bei der „Ausgestaltung privater und öffentlicher Autonomie“ als Rechtswirklichkeit ergeben,<sup>173</sup> nicht mittels einer eigenständigen Kategorie von Grundrechten angeht. Vielmehr versucht er diese Probleme mittels der Rechte zu lösen, die aus der politischen Autonomie abgeleitet werden können.<sup>174</sup> Inwieweit sich die spezifischen Probleme der illegitimen Machtentfaltung in den Verwaltungen und der Entkoppelung der Expertenkulturen jedoch auf diese Weise lösen lassen, bleibt schleierhaft. Eine zentrale Fragestellung mit Blick auf das Theoriegebäude von Habermas ist daher, warum er der epistemischen Souveränität nicht eine klare Rechtsform gibt. Denn meines Erachtens sind derlei Rechte in einer fünften Kategorie von Grundrechten angelegt, die Habermas im Verlauf von *Faktizität und Geltung* skizziert,<sup>175</sup> aber nie ausführt.<sup>176</sup>

---

<sup>171</sup> Vgl. insbesondere Habermas (1990: 28f. 326-342).

<sup>172</sup> Siehe etwa Habermas (1992: 208f.).

<sup>173</sup> Habermas (1992: 156f.).

<sup>174</sup> Das Recht auf politische Autonomie konstituiert eine eigenständige vierte Kategorie der Grundrechte gemäss Habermas (1992: 156).

<sup>175</sup> Siehe die Formulierung dieser Kategorie der Grundrechte in Habermas (1992: 156f.).

Mit den Grundrechten wird nicht nur ein Rechtsanspruch untermauert, sondern gleichermaßen werden mögliche Gründe umrissen, mit denen der Rechtsanspruch geltend gemacht werden kann. Die Typen von Gründen, mit denen Rechtsansprüche geltend gemacht werden können, hängen von der Zielsetzung der jeweiligen Grundrechte ab. Die politische Autonomie zielt darauf ab, die Mitsprache bei der Normenbegründung zu gewährleisten, während die materiale Rechtsstellung den Vollzug betrifft. Der Vollzug als Normenanwendung kann aber nur unzureichend mit Rechten gesteuert werden, deren Rechtsform sich aus den Anforderungen der Normenbegründung ergibt. Deutlich wurde dieser Mangel bereits bei der Neugestaltung der Gewaltenteilung, die angesichts der Krise des Rechtsstaats dem Umstand gerecht werden soll, dass in den Verwaltungen normativ aufgeladene Entscheidungen gefällt werden. Diese sollten an die legitimierende Zustimmung der Öffentlichkeit gebunden werden.

Ohne eine klare Rechtsform bleibt offen, in welcher Form und mittels welcher Begründungen die Öffentlichkeit mit den Behörden kommunizieren kann. Denn die Unterscheidung von verschiedenen Kategorien von Grundrechten impliziert, dass die maßgeblichen Typen von Gründen so differenziert sein müssen, dass diese Differenz ihren Niederschlag in spezifischen Rechtsformen finden kann. Diese Anforderungen kann die Kommunikationsstruktur der Öffentlichkeit nicht erfüllen. Denn Habermas verweist darauf, dass die kommunikative Alltagspraxis in der Öffentlichkeit nicht spezialisiert ist, sondern allgemeinverständlich bleibt. Nach Habermas spezialisiert sich die Öffentlichkeit nicht, sondern überlässt die Bearbeitung spezifischer Fragestellungen dem politischen System oder der Wissenschaft sowie der Kunst.<sup>177</sup> Gleichwohl ist der Öffentlichkeit eine eigene Kommunikationsstruktur eigen:

Die Öffentlichkeit zeichnet sich vielmehr durch eine *Kommunikationsstruktur* aus, die sich auf einen dritten Aspekt verständigungsorientierten Handelns bezieht: weder auf die *Funktionen* noch auf die *Inhalte* der alltäglichen Kommunikation, sondern auf den im kommunikativen Handeln erzeugten *sozialen Raum*.<sup>178</sup>

---

<sup>176</sup> Das letzte Kapitel von *Faktizität und Geltung*, das ich als Ausgangspunkt für die Erläuterung der Probleme mit Sachverständigen und Regulationen im Rechtsstaat gewählt habe, sollte laut Habermas (1992: 157) diese Kategorie erläutern, scheitert allerdings meines Erachtens dabei eine klare Rechtsform zu entwickeln.

<sup>177</sup> Habermas (1992: 436) unterscheidet drei Geltungsaspekte, die in den lebensweltlichen Kommunikationen angelegt sind und die durch die Diskurse in Wissenschaft, Moral und Kunst ausdifferenziert werden.

<sup>178</sup> Habermas (1992: 436). Die Öffentlichkeit als sozialer Raum ist eine von fünf Hinsichten nach der Öffentlichkeit in Faktizität und Geltung definiert werden. Die vier übrigen sind: aufmerksame Akteure in der Öffentlichkeit (z.B. Organisationen der Zivilge-

Die Kommunikationsstruktur der Öffentlichkeit wird weder durch einen normativen Diskurs über Handlungserwartungen und Funktionen, noch durch einen an Wahrheit orientierten, wissenschaftlichen Diskurs über Inhalte erschöpfend wiedergegeben.<sup>179</sup> Denn unter diesen Umständen bleibt der wesentliche dritte Aspekt unberücksichtigt: die Erzeugung eines sozialen Raums. In der Öffentlichkeit finden vorwiegend Kommunikationen statt, in denen der gemeinsame soziale Raum als Handlungsraum immer wieder neu bestätigt und stabilisiert wird. Stabilität wird also durch gemeinsame Handlungen erzeugt und nicht wie in Diskursen, indem Gründe angegeben werden.

Wenn nun das Wissenschaftssystem und das Rechtssystem nicht angemessen berücksichtigen können, dass die öffentlichen Kommunikationen, eigenständige soziale Räume aufspannen, dann klafft eine Lücke in den Rechtfertigungen von Administrationen, die sich auf Gesetzgebung und wissenschaftliche Expertise berufen. Der soziale Raum ist weder ein bloß normativer noch ein objektiv vorgegebener Raum, sondern er stellt einen intersubjektiv geteilten Raum dar.<sup>180</sup> Da nun aber die Legitimität der Rechtswirklichkeit dahingehend zu beurteilen ist, ob das Recht öffentliche Resonanz und „die Zustimmung eines egalitär zusammengesetzten Laienpublikums“<sup>181</sup> finden kann, drängt sich die Frage auf, in welchem Raum – wenn nicht dem eben genannten sozialen Raum – diese zustimmende Resonanz gefunden werden soll. Geteilte Naturalisierungen sind aber gerade für diese Räume konstitutiv.

Hier zeigt sich nach meiner Einschätzung ein schwerwiegendes Problem der Diskurstheorie des Rechts. Tatsächlich greift Habermas auf verschiedene Bezugspunkte für die Rechtfertigung der Rechtswirklichkeit zurück: Einmal ist dieser Bezugspunkt das Laienpublikum. Dieses urteilt vor dem Hintergrund des sozialen Raums, der sich durch kommunikatives Handeln eröffnet, einen lebensweltlichen Kontext gestaltet und in dem ein weitgehend unreflektiertes Rechtsverständnis besteht. Unbeantwortet bleibt auf diese Weise, wie dieses Rechtsverständnis organisiert werden und zum Ausdruck kommen soll. Deshalb benennt Habermas mit den Organisationen der Zivilgesellschaft einen zweiten Bezugspunkt: Hier wird an öf-

---

sellenschaft); die so genannte öffentliche Meinung, die von diesen Akteuren erzeugt wird; die Lebenswelt, die in diesen Zeugnissen zum Ausdruck kommen soll; sowie die Funktion der Öffentlichkeit als Warnsystem, das in solchen Zeugnisse stoßende Entwicklungen anmahnt; vgl. die Erläuterung dieser fünf Bestimmungen in Kohler (1999: 210-217).

<sup>179</sup> Ich klammere hier der Einfachheit halber die an Ästhetik orientierten Diskurse der Kunst von diesen Inhalten aus.

<sup>180</sup> In diesem Sinn Habermas (1992: 436).



fentlich organisierte und sich artikulierende Akteure angeknüpft, die einen Gegenpol zur Organisation des Rechtsverständnisses durch die Behörden bilden sollen. Diese hybride Konzeption der Organisationen der Zivilgesellschaft durchsetzt das Recht als Organisation mit Konzepten des Rechts als Institution. Der von Habermas vorgeschlagene Bezugspunkt der Rechtfertigung führt so zu Ungereimtheiten, welche Art der Organisation – die rechtsförmige der Behörden oder die zivilgesellschaftliche – denn nun letztlich das gültige Rechtsverständnis formuliere. Um diesen Konflikten zu entgehen, verlagert Habermas in der diskurstheoretischen Begründung der Gewaltenteilung schließlich den Bezugspunkt in die formale Unterscheidung von Weltbezügen, nach denen Geltungsansprüche differenziert werden können, so dass sich die Institutionalisierung konkreter Rechtswirklichkeiten erst „unter den abstrakten Gesichtspunkten der Verfügung über verschiedene Sorten von Gründen und der Zuordnung entsprechender Kommunikationsformen“ beurteilen lassen.<sup>182</sup> Doch diese formale Unterscheidung greift zu kurz, um Kontroversen bezüglich der maßgeblichen Typologien rechtserheblicher Sachverhalte zu klären. Der Status zulässiger Gründe ändert sich, je nachdem wer oder was letztlich als Bezugspunkt der Rechtfertigung der Rechtswirklichkeit in Anschlag genommen wird.

### *2.1.2 Naturalisierungen und Institutionen als Bezugspunkte der Rechtfertigung*

Die Ohnmacht der Verwaltung, ihre Maßstäbe der Rechtsanwendung angemessen zu legitimieren, muss überwunden werden, so lautet meine These, indem die Rechtsparadigmen der Verwaltung die legitimierende Zustimmung der Öffentlichkeit finden. In diesem Sinne steht die Öffentlichkeit außerhalb des Rechtsstaats. Aber die erforderliche Zustimmung muss durch rechtsförmige Verfahren gesichert werden, damit die Kontingenz der Rechtsparadigmen der Verwaltung in Legitimität umschlagen kann. Diese Verfahren machen die Kette der Begründungen zwischen Verwaltung und Öffentlichkeit erkennbar. Die Art der erforderlichen Zustimmung, die notwendigen Verfahren und maßgeblichen Gründe fügen sich gestützt auf rechtstheoretische Erwägungen zusammen.

Eben habe ich anhand dreier möglicher Bezugspunkte deutlich gemacht, dass in Habermas' Rechtstheorie die Grundlagen für ausschlaggebende Gründe, mit denen die Rechtswirklichkeit gerechtfertigt wird, unbefriedigend festgelegt werden. Bevor ich

---

<sup>181</sup> Habermas (1992: 440).

diese Auseinandersetzung vertiefe, möchte ich kurz Habermas' Lösungsansatz in *Faktizität und Geltung* deutlich machen: Ziel der Rechtstheorie ist es, die Bedingungen zu benennen, unter denen ein allgemein verbreitetes Rechtsverständnis durch eine Rechtsform fassbar gemacht und organisiert werden kann, so dass es letztlich in konkreten Rechtsstreitigkeiten angewendet werden kann. Dieses Rechtsverständnis wird zunächst in vielfältigen Kommunikationen im Alltag von einem Laienpublikum verbreitet. Es schälen sich geteilte Annahmen heraus, die Handlungskoordinationen ermöglichen. Diese Annahmen enthalten implizit Geltungsansprüche, die in Diskursen problematisiert werden können, sobald die Geltung oder der Geltungsbereich von Annahmen kontrovers wird. Die maßgeblichen Aussagen beziehen sich entweder auf die Wahrheit einer Tatsachenbehauptung – also auf etwas in der objektiven Welt – oder auf die Gültigkeit einer Norm – letztlich auf reflektierte Handlungserwartungen in der sozialen Welt. Je nach Zugriff auf verschiedene Sorten von Gründen können Diskursformen mit normativen oder pragmatischen Problematisierungen unterschieden werden. Diese differenzierten Foren werden mittels der Gewaltenteilung organisiert.<sup>183</sup>

Grundlegend für Habermas' Konzeption ist der Übergang von der Kommunikation, in dem schlicht allgemein geteilte Selbstverständlichkeiten als Gründe dienen können, zum Diskurs, in dem derlei Annahmen mit den tatsächlichen Gegebenheiten in der objektiven oder sozialen Welt konfrontiert werden sollen. Dieser diskurstheoretische Übergang ist entscheidend von der Möglichkeit abhängig, alltäglich vorgebrachte Gründe von rationalisierten Gründen unterscheiden zu können.<sup>184</sup> Mit anderen Worten müssen alltägliche Begründungen nicht nur mittels anderer gegenläufiger Begründungen kritisiert werden können, sondern die Begründungen müssen auf etwas außerhalb der lebensweltlichen Kontexte bezogen werden können, das für alle gleichermaßen einsichtig ist. Das macht den Anschein, als ob Habermas im Diskurs Gründe einer anderen Art verlangt.<sup>185</sup> Die entscheidende Differenz wäre dann, dass

---

<sup>182</sup> Habermas (1992: 236).

<sup>183</sup> Die ausführliche Argumentation hierzu findet sich in *Faktizität und Geltung* vor allem in den Abschnitten „Diskurstheoretische Begründung der Grundrechte: Diskursprinzip, Rechtsform und Demokratieprinzip“, „Kommunikative Macht und legitime Rechtssetzung“ sowie „Prinzipien des Rechtsstaats und Logik der Gewaltenteilung“ (Habermas, 1992: 151-165, 187-207, 208-237).

<sup>184</sup> Laut Habermas (1991b: 37f.) verblassen im Diskurs die lebensweltlichen Gewissheiten (wie die Normativität der Institutionen und die Objektivität der Dinge) da die Lebenswelt mit distanzierterem Blick auf implizite Geltungsansprüche hin geprüft wird.

<sup>185</sup> Doch diese Erwartung, dass Ansichten kontextunabhängig gerechtfertigt werden sollten, ist laut Larmore (2000: 338) verfehlt: „Zum Gegenstand der Rechtfertigung gehören, der philosophischen Überlieferung zum Trotz, nicht unsere Überzeugungen als

die Behauptung an sich wahr oder richtig ist und nicht nur für ein begrenztes Publikum. Doch wie sich zeigen wird schillert Habermas' Diskurstheorie an diesem Punkt, so dass die Unterscheidung zwischen bloß scheinbaren Gründen und wahrhaftigen Gründen verschwimmt.<sup>186</sup> Wenn aber diese Differenz verwischt wird, dann ist auch nicht mehr so eindeutig, wie Kommunikationen von Diskursen zu unterscheiden sind. Dies hat wiederum zur Folge, dass kommunikativ erzeugte soziale Ordnungen als Bezugspunkte von Rechtfertigungen zulässig werden. Doch unter diesen Umständen drohen bloße Naturalisierungen und nicht mehr diskursiv rationalisierte Gründe für Rechtfertigungen herangezogen zu werden, so dass die kognitiven Grenzen der Lebenswelt nicht überschritten werden könnten.

Diese Schwierigkeit tauchte bereits bei der Diskussion der pluralisierten Rechtsparadigmen im ersten Teil auf, da die Wahl der einen oder anderen Vollzugsform angesichts des Pluralismus verschiedener Ordnungen – neben der Wirtschaftsordnung – nur noch relativ begründet werden kann. Eine absolute neutrale Begründung ist nicht möglich. Bei der Diskussion der Krise des Rechtsstaats wurde deutlich, dass aus dem Pluralismus der Ordnungen, auf die sich die Staatstätigkeit bezieht, ein Pluralismus möglicher Rechtsparadigmen folgt. In der Folge erwecken die Grundlagen des Vollzugs den Eindruck von Kontingenz, so dass das vollzogene Recht nicht zwingend erscheint und die Staatsgewalt in der Rechtswirklichkeit nicht mehr begründet werden kann. Sollte dieser Pluralismus nicht weiter fassbar gemacht und organisiert werden können, dann müsste die Staatstätigkeit entweder zerfallen, oder aber sie würde sich auf ein Paradigma beschränken müssen, ohne allerdings diesen Entscheid begründen zu können. So scheinen zunächst zwei gleichermaßen unannehmbare Optionen offen zu stehen: Entweder der Zerfall der Einheit des Rechts, wodurch die unteilbare Souveränität des Rechts zerschlagen wäre, oder aber der Verzicht auf die Legitimität der Rechtswirklichkeit, wenn die Begründung der Maßstäbe der Rechtsanwendung und der konkreten Rechtsparadigmen gegenüber der Öffentlichkeit unterlassen wird. Die Souveränität des Rechts hängt demnach ent-

---

solche, sondern Änderungen unter ihnen, wie wenn wir fragen, ob es gute Gründe gibt, eine neue Überzeugung anzunehmen oder eine alte in Frage zu stellen.“ Anders gesagt, sind für Rechtfertigungen geteilte Überzeugungen als Grundlage hinreichend, eine Fundierung in etwas außerhalb lebensweltlicher Kontexte ist dazu nicht erforderlich.

<sup>186</sup> Larmore (2000: 336f.) kritisiert Habermas' „Unterscheidung zwischen inhaltlichen und epistemischen Aspekten des Wahrheitsbegriffs“. Inhaltlich ist Wahrheit Habermas zufolge nicht an die Zustimmung eines Publikums gebunden; denn eine Aussage ist entweder wahr oder nicht. Hingegen werden Wahrheitsansprüche immer mit Blick auf ein Publikum gebraucht, so dass Wahrheit in diesem Sinn epistemisch wird; so beispielsweise die Argumentation in Habermas (1999: 286-291; 2001a: 35).

scheidend davon ab, ob die Selektion maßgeblicher Naturalisierungen begründet werden kann, die dem Vollzug eine epistemische Ordnung verschaffen.

### 2.1.2.1 *Naturalisierte Gleichheit als Bedingung von Institutionen*

Handlungskoordinationen bedingen, dass die Akteure gemeinsame Annahmen teilen. Ihre Entscheide sind eingebettet in Unterstellungen von Gleichheit, die überhaupt einen Vorgriff auf zukünftige Ereignisse ermöglichen.<sup>187</sup> Naturalisierungen konstituieren einen solchen gemeinsamen Referenzpunkt außerhalb der sozialen Ordnung, der diese Ordnung festigt. Mary Douglas vertritt die Auffassung, dass die Naturalisierung sozialer Klassifikationen das entscheidende stabilisierende Prinzip für die Handlungskoordination ist.<sup>188</sup> Laut Douglas sind Naturalisierungen notwendig dafür, dass Individuen schlechterdings kooperieren können, sie festigen gemeinsame kognitive Strukturen, und sie beziehen die soziale Ordnung auf die Gegebenheiten der Dinge, wodurch letztere geordnet werden und Handlungserwartungen überhaupt erst in Situationen fassbar werden.

Naturalisierungen stabilisieren Klassifikation durch eine Analogie. Diese berechtigt, eine unterstellte natürliche Ordnung auf die zu bewahrende soziale Ordnung zu projizieren. Die Analogie stellt sicher, dass abstrakte Handlungserwartungen und Gesellschaftsordnungen in konkreten Handlungssituationen gleich angewendet werden. So dienen beispielsweise die Ahnen im Jenseits dazu, Erbansprüche zu begründen und zu überwachen, insofern die maßgeblichen Gründe, mit denen Erbansprüche geltend gemacht werden, auf Genealogien und Verwandtschaften beruhen.<sup>189</sup> Ähnlich wie die Typologien rechtserheblicher Sachverhalte stellen Naturalisierungen sicher, dass Handlungserwartungen und Ansprüche in konkreten Situationen gleichbleibend gedeutet werden. Doch Naturalisierungen müssen nicht zwingend Mythen oder ein Jenseits bemühen: Ein moderneres Beispiel als der Ahnenkult liefert die bereits zitierte Feststellung von Habermas, dass „das allgemeine und abstrakte Gesetz, das typische Tatbestände in bestimmten Rechtsbegriffen präzisiert und mit eindeutig definierten Rechtsfolgen verknüpft“<sup>190</sup> auf die Anwendungsfälle der Wirtschaftsordnung zugeschnitten ist. Typologien und Naturalisierungen stellen Gleich-

---

<sup>187</sup> Diese Frage hat den Philosophen Nelson Goodman beschäftigt. Dem Zusammenhang zwischen Goodmans Fragestellung und sozialwissenschaftlichen Fragen zu Klassifikationen wird in der Aufsatzsammlung in Douglas & Hull (1992) nachgegangen.

<sup>188</sup> Siehe Douglas (1991: 84).

<sup>189</sup> Dazu Douglas (1991: 87-91).

<sup>190</sup> Habermas (1992: 519f.).

heit bezüglich der relevanten Tatsachen angesichts einer Vielfalt von Dingen her. So fragt Douglas:

Worauf beruht Gleichheit? Die Antwort lautet: Gleichheit wird dem gemischten Bündel von Dingen beigelegt, die als derselben Kategorie angehörig gelten; und festgelegt wird dies durch Institutionen.<sup>191</sup>

Die Naturalisierung erzeugt eine vorgegebene Gleichheit, die aber nicht unmittelbar in der Natur und der Vielfalt der Dinge selbst zu finden ist. Sie entsteht vielmehr dadurch, dass die Kategorisierung die sozialen Zusammenhänge durch Analogieschluss an einer für relevant erachteten natürlichen Ordnung festmachen. Naturalisierungen konstituieren folglich Kategorien als ein stabilisierendes Außen, das als Grundlage für die Rechtfertigung von Handlungen dient, wobei sich dieses Außen in der überindividuellen Handlungskoordination von Institutionen manifestiert. Institutionen werden auf diese Weise epistemisch bestimmt: Sie bringen überindividuelle, kognitive Strukturen hervor, die Handlungskoordinationen ermöglichen:

Das kognitive Element verankert die Institution in Natur und Vernunft gleichermaßen, indem es aufzeigt, dass die formale Struktur der Institutionen mit formalen Strukturen in außermenschlichen Bereichen übereinstimmt.<sup>192</sup>

Die Institution wird durch die kognitive Gleichsetzung der Strukturen des institutionellem Innen und des natürlichen Außen bestimmt. In diesem Sinn behauptet Douglas: „Ähnlichkeit ist eine Institution.“<sup>193</sup> Das heißt aber auch, dass durch Institutionen als soziale überindividuelle Phänomene das naturalisierte Außen faktisch wird; denn welche Strukturen in außermenschlichen Bereichen von Bedeutung sind, wird durch die Struktur der Institution bestärkt.

Für die Konzeption der Institutionalisierung von Peter Berger und Thomas Luckmann,<sup>194</sup> die die Grundlage für ihre Wissenssoziologie in *Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit* formuliert, ist in vergleichbarer Weise entscheidend, dass sich gemeinsame kognitive Strukturen herausbilden, die überhaupt die Orientierung in der gemeinsamen Welt gestatten. Ihre Konzeption weicht jedoch in einem entscheidenden Punkt von Douglas ab: Übereinstimmend mit Habermas geht es Berger und Luckmann darum,<sup>195</sup> Sinn zu schaffen und zu erhalten, während Doug-

---

<sup>191</sup> Douglas (1991: 92); vgl. auch Douglas (1991: 107).

<sup>192</sup> Douglas (1991: 93).

<sup>193</sup> Douglas (1991: 93).

<sup>194</sup> Berger & Luckmann (1969).

<sup>195</sup> Diese Zielsetzung haben die beiden Ansätze gemein, auch wenn Habermas (1981b: 210f.) die „Einseitigkeit des kulturalistischen Lebensweltbegriffs“ von Berger und Luckmann rügt.

las erklären will, inwiefern Handlungskoordinationen auf Vorstellungen von Gleichheit angewiesen sind.

Zunächst führt die Entfaltung kognitiver Strukturen laut Berger und Luckmann über die unmittelbare Interaktion in der „Vis-à-vis-Situation“ zu „Objektivationen“ oder Vergegenständlichungen, „welche [Erzeugnisse menschlicher Tätigkeit] sowohl dem Erzeuger als auch anderen Menschen als Elemente ihrer gemeinsamen Welt »begreiflich« machen.“<sup>196</sup> Sprache ist die vorrangige Form der Objektivation, aber auch ein in die Wand gerammtes Messer kann der Objektivation dienen; denn „Zorn kann mittels einer Waffe vergegenständlicht, beziehungsweise objektiviert werden.“<sup>197</sup> Die Objekte, die Akteure umgeben, „»proklamieren«“ fortwährend „subjektive Intentionen“.<sup>198</sup> Diese Ausdrucksweise der Dinge subsumieren Berger und Luckmann unter Zeichensysteme und Sprache. Auf diese Weise entgeht ihnen meines Erachtens die eigentümliche Asymmetrie zwischen dem Entstehungs- und Verwendungszusammenhangs von Sprache im Vergleich zu demjenigen von Objekten, der gerade im Zusammenhang mit Technologien wesentlich ist. Sprache entfaltet sich aus alltäglichen Kommunikationen, während technische Objekte aus Spezialwissen hervorgehen.

Wenn das Spezialwissen mit seinen „Subsinnwelten“ und die Sinnwelt des Alltags auseinanderdriften, dann entstehen gesellschaftliche Probleme, da die so gestaltete Wirklichkeit nicht mehr als „objektivierte institutionale Ordnung“ sondern „als außermenschliche Faktizität“ begegnet.<sup>199</sup> Diese Verdinglichungsprozesse sind von Vergegenständlichungen respektive Objektivationen zu unterscheiden;<sup>200</sup> denn „Verdinglichung bedeutet, menschliche Phänomene aufzufassen, als ob sie Dinge wären, das heißt als außer- oder gar übermenschlich.“<sup>201</sup> Im Gegensatz zur Vergegenständlichung stellt die Verdinglichung die Objekte nicht mehr in den Rahmen von sinngebenden Zeichensystemen, sondern platziert sie außerhalb des Zusammenhangs kommunikativer Interaktionen. In diesem Sinn behaupten Berger und Luckmann: „Eine verdinglichte Welt ist per definitionem eine enthumanisierte Welt.“<sup>202</sup> Objekte oder Technologien sind dann, je nachdem aus welcher Welt heraus sie betrachtet werden, sinnhafte Vergegenständlichungen oder faktisch

---

<sup>196</sup> Berger & Luckmann (1969: 36).

<sup>197</sup> Berger & Luckmann (1969: 37).

<sup>198</sup> Berger & Luckmann (1969: 37).

<sup>199</sup> Siehe dazu Berger & Luckmann (1969: 94).

<sup>200</sup> Die Grundgedanken zur Vergegenständlichung finden sich in Berger & Luckmann (1969: 94-98).

<sup>201</sup> Berger & Luckmann (1969: 94f.).

hingenommene Verdinglichungen. Diese Verdinglichungen erinnern an die sekundären Naturalisierungen, die Habermas bei den Verwaltungen beklagt.

Die theoretische Schwierigkeit der Rede von der Verdinglichung oder von sekundären Naturalisierungen ist allerdings, dass sie ein gesellschaftstheoretisches und ein erkenntnistheoretisches Problem miteinander verquicken. Gesellschaftstheoretisch stellt sich das Problem der Entkoppelung von Spezialwissen oder Expertenkulturen. Erkenntnistheoretisch gilt es zu Fragen, welche Realität die Objekte für verschiedene Akteursgruppen haben können und welcher Sinn den Objekten in unterschiedlichen Kontexten zugeschrieben wird; schließlich werden auch Verdinglichungen gedeutet. Die Spannung, die von Verdinglichungen ausgeht muss dann gesellschaftlich gelöst werden, indem geklärt wird, welche unterstellten Gleichheiten zählen. Die Spannung kann nicht gelöst werden, indem die primäre Natur hinter der sekundären Naturwüchsigkeit aufgedeckt wird.

Die Differenz, die zwischen der Konzeption von Douglas und dem Ansatz von Berger und Luckmann besteht, gilt in der Hauptsache auch gegenüber Habermas: Nach Berger und Luckmann werden die kognitiven Strukturen durch Zeichensysteme stabilisiert, die sich aus kommunikativen Interaktionen heraus bilden. Diese Vergegenständlichung der Welt in Zeichensystemen ist eine symbolische Welt und als symbolische Welt immer auch kontingent. Symbolische Sinnwelten erzeugen Stabilität, die als mythologische oder theoretische Konstruktionen, das gemeinsame Gefüge der Institutionen stützen. Die Verdinglichung der Institutionen führt gemäss Berger und Luckmann zum Sinnverlust, während der naturalisierte Bezug zu Dingen gemäss Douglas den Institutionen überhaupt erst Sinn und Halt verleiht. Douglas betreibt insofern eine Ontologie institutioneller Tatsachen.

John Searle befasst sich in *Die Konstruktion der gesellschaftlichen Wirklichkeit* mit der Ontologie solcher sozialer beziehungsweise institutioneller Tatsachen.<sup>203</sup> Die Konzeption sozialer Tatsachen als institutionelle Tatsachen orientiert sich an der Sprache, wobei Searle den Unterschied zwischen Sprache und Institutionen zusehends verwischt: „Die Existenz institutioneller Tatsachen [...] erfordert besondere menschliche Institutionen. Die Sprache ist eine solche Institution; sie ist eigentlich ein ganzer Komplex derartiger Institutionen.“<sup>204</sup> Das Wissen um derlei Tatsachen stützt die Handlungskoordination, und es löst für Searle das Problem

---

<sup>202</sup> Berger & Luckmann (1969: 95).

<sup>203</sup> Searle (1997).

<sup>204</sup> Searle (1997: 37).

der doppelten Kontingenz:<sup>205</sup> Es genügt unter Bedingungen doppelter Kontingenz für einen Akteur nicht zu wissen, wie sich die Welt verhält, da er zusätzlich unterstellen muss, dass auch die übrigen Akteure vergleichbare Annahmen teilen. Searle macht deutlich, dass die Akteure in den Strudel eines unendlichen Regresses bezüglich des Wissens der übrigen Akteure gestürzt werden, wenn eine individualistische Konzeption der Interaktion unterstellt wird. Denn „jeder glaubt, dass der andere die Überzeugungen hat und diese Überzeugungen über diese Überzeugungen hat und diese Überzeugungen über diese Überzeugungen hat ... etc. in einer potentiell unendlichen Hierarchie von Überzeugungen.“<sup>206</sup> Gegen diese individualistische Auffassung der Intentionalität stellt er die Annahme kollektiver Intentionalität, die sich gegen die herkömmlichen Erfordernisse des methodologischen Individualismus wendet.<sup>207</sup> Im Kern soll die Unterstellung kollektiver Intentionalität und des entsprechenden Wissens um die gemeinsame Lebensform erlauben, aus dem Regress wechselseitiger individueller Spekulationen auszubrechen. Natürlich kann auf diese Weise nur insofern den Spekulationen über die Intentionen der Anderen ein Ende gesetzt werden, als die Möglichkeit gemeinsamer Überzeugungen methodisch eingeräumt wird, um die Probleme des methodologischen Individualismus zu umgehen. Radikalere Formen des Zweifels an den Intentionen anderer werden dadurch nicht ausgeräumt.

Searle geht es um die Konstruktion der gesellschaftlichen Wirklichkeit, wobei er gleichzeitig daran festhält, dass es eine Wirklichkeit der rohen Tatsachen gibt, deren Wirklichkeit von der gesellschaftlichen Wirklichkeit unberührt bleibt.<sup>208</sup> Der Bereich der Gegebenheiten, der durch soziale Interaktion erzeugt wird, ist bei Searle auf die gesellschaftliche Wirklichkeit institutioneller Tatsachen eingeschränkt. Auch Searles Konzeption geht wie diejenige von Berger und Luckmann oder von Habermas von einem sprachphilosophischen und erkenntnistheoretischen Fundament aus. Die Ontologie institutioneller Tatsachen borgt sich die Struktur von der Sprache.

Die Ontologie institutioneller Tatsachen beruht dagegen laut Douglas auf Analogien und deren Strukturen. Institutionen verbinden durch Analogien Menschen und Natur beziehungsweise Faktizität. Die dazugehörigen Naturalisierungen erzeugen kognitive Strukturen und Gleichheit. Sinn wird folglich durch Bezug auf Faktizität erzeugt und nicht dadurch, dass Faktizität mittels

---

<sup>205</sup> Siehe dazu auch Luhmann (1987: 31-39).

<sup>206</sup> Searle (1997: 34f.).

<sup>207</sup> Searle (1997: 34-37). Vgl. auch das Konzept gemeinschaftlich performativer Wahrheitsansprüche bei Kusch (141-157).



Sprache symbolisch verarbeitet wird. Selbstverständlich ist auch für Douglas' Institutionen Sprache wesentlich, doch Institutionen führen nicht ausschließlich Menschen in kommunikativen Handlungen zusammen. Primär ist daher der gemeinschaftlich institutionalisierte, pragmatische Bezug zu Dingen, zu denen Kommunikationen eine Begleiterscheinung bilden. Diese Konzeption steht im Gegensatz zur Vorstellung, dass die gemeinsame Kommunikation über Dinge für diese konstitutiv ist, da der Bezug zu Dingen in der Form von impliziten oder diskursiv explizit gemachten Wahrheitsansprüchen geschaffen wird.

In eine vergleichbare Richtung zielt auch die Kritik von Charles Larmore an Habermas: Dieser, so Larmore, wolle sich von den pragmatischen „Versuchungen der Ontologie“ schützen, indem er „zwischen der Welt selbst und dem, was wir an ihr durch den Erkenntnisprozess ausmachen können“, unterscheidet.<sup>209</sup> Folglich sollten in Habermas' Konzeption Überzeugungen, die den Umgang mit Dingen ermöglichen, stets hinsichtlich der ontologischen Versuchungen reflektiert werden, als ob hinter jeder sekundären Naturwüchsigkeit vorab die Konstruktion aus primärer Natur und Interessen auszumachen sei. Dagegen sind Naturalisierungen für Douglas Bestandteile von Handlungssystemen und aus diesem Grunde als Konstruktionen sozialer Räume zu verstehen. Diskurse sind daher keine Institution im Sinn von Douglas, da die Kommunikationsbedingungen und somit die Beziehung von Personen untereinander in idealisierter Weise ohne Bezugnahme auf Dinge beschrieben wird.

#### 2.1.2.2 *Gestaltbarkeit von Naturalisierungen im Recht*

Für Institutionen ist die Gleichheit, die durch Naturalisierungen stabilisiert wird, grundlegend. Gleichzeitig entfalten Naturalisierungen gemäss Douglas ihre Geltung über Institutionen. Das lässt sich dann so verstehen, dass Naturalisierungen ein gleichursprünglicher Aspekt der Institutionenbildung sind. Hierbei bezeichnet die Rede von der Institution einen gemeinsamen Handlungsraum, während die Naturalisierung auf die Festigung der dazu erforderlichen Gleichheit verweist, die dadurch erreicht wird, dass soziale Klassifikationen auf vorgegebene Strukturen bezogen werden.

Mit Blick auf den Rechtsstaat bedeutet dies, dass die Institution des Rechts nicht von der Genese der Rechtsparadigmen und der Typologien rechtserheblicher Sach-

---

<sup>208</sup> Vgl. die Abgrenzung von rohen und institutionellen Tatsachen in Searle (1997: 37).  
<sup>209</sup> Larmore (2000: 335)

verhalte zu trennen ist. Diese Faktizität des Rechts ist dann notwendiger Bestandteil der Entwicklung der Institution des Rechts, die ein weitgehend geteiltes Rechtsverständnis in einer Kultur verankert. Dieses vage Verständnis darüber, was rechtmäßig ist, wird durch die Tätigkeit der Behörden präzisiert und begegnet in Form konkreter Rechtsparadigmen und als Typologien rechtserheblicher Sachverhalte. Da die Institution des Rechts nicht mit der Organisation der rechtsstaatlichen Organe zusammenfällt, reichen die maßgeblichen kognitiven Strukturen über die Grenzen der Behörden hinaus und finden sich daher auch außerhalb.

Allerdings bleibt unbeantwortet, inwieweit eine demokratische Genese des Rechts möglich ist, bei der die Öffentlichkeit die Rechtswirklichkeit willentlich gestaltet. Denn die Gestaltbarkeit des Rechts hängt nur schon entscheidend davon ab, ob Recht als Institution oder als Organisation aufgefasst wird. Denn wenn Recht rechtstheoretisch als Institution begriffen wird, schafft dies andere Bedingungen der Gestaltbarkeit, als wenn das Recht im Sinn einer Organisation verstanden wird. Organisationen werden zum einen durch den absichtlichen Zusammenschluss von Menschen in eine geregelte Handlungskoordination bestimmt; zum anderen können Forderungen eingebracht werden, die Organisationsform zu ändern; und schließlich ist der Ein- bzw. Austritt gegenüber der Organisation möglich. Änderungen erläutern und begründen, erfordert allerdings wieder kognitive Strukturen, die über die festgesetzten Regeln der Organisation hinausgehen. Diese kognitiven Strukturen kommen bei einer Konzeption zum Tragen, die Recht als Institution versteht. Die Institution geht daher der Organisation voraus. Doch dann entziehen sich die notwendigen Klassifikationen und die fundamentalen Vorstellungen von Gleichheit einer organisierenden Steuerung und die Gestaltbarkeit des Rechts ist in Frage gestellt. Inwiefern eine demokratische Genese des Rechts möglich ist, muss mit Rücksicht auf die Differenz zwischen Recht als Organisation oder Recht als Institution untersucht werden.

Wenn Douglas' These richtig ist, dass Institutionen notwendigerweise auf Naturalisierungen abgestützt sein müssen, werden Naturalisierungen zu einer notwendigen Bedingung von Geltung und sind nicht erst Folge der faktischen Umsetzung von explizit gemachten Normen. Die Douglas entgegengesetzte Vorstellung, bei der die faktische Gültigkeit den geltenden Normen nachfolgt, macht die Organisation der verbindlichen Handlungserwartungen zur vorausgehenden Bedingung eines geteilten Verständnisses dafür, was rechtmäßig wird. Allerdings ist dann rätselhaft, auf welcher Grundlage beurteilt wird, ob die ausgehandelte Rechtsordnung legitim sei. Dazu müssten gleichsam primäre Naturalisierungen zur Disposition stehen, die

den Individuen notwendig zukommen und vor aller Verhandlung – sozusagen unter dem Schleier der Unwissenheit – als gesetzt gelten müssen.<sup>210</sup> Aber auch solche primäre Naturalisierungen, die als Fundamente von Rechtstheorien dienen, bleiben zunächst Naturalisierungen, die in der Öffentlichkeit anerkannt werden müssen. Sie sind nicht gesetzte Bezugspunkte unabhängig jeglicher Interaktion und Kommunikation, sondern sie kristallisieren sich als Bezugspunkte innerhalb der Aushandlungsprozesse heraus, indem auf Annahmen von Gleichheit zurückgegriffen wird. Recht erscheint nur vor dem Hintergrund solcherart naturalisierend unterstellter Gleichheiten möglich. Jeder Diskurs über Recht baut dann auf derlei Gleichheiten auf und erzeugt diese nicht erst, indem vorgängig Handlungserwartungen in einer objektiven Welt geklärt werden.

Unter diesen Voraussetzungen erscheint die Gestaltbarkeit des Rechts begrenzt. Das organisierte Recht muss auf ein institutionell verbreitetes Rechtsverständnis abgestützt werden. Dieses ist nicht durch eine primäre Natur schlicht vorgegeben, wodurch es notwendig außerhalb aller Gestaltbarkeit zu liegen käme. Tatsächlich scheint das Rechtsverständnis der Verfügungsgewalt der Menschen offen zu stehen, da es von deren Kommunikationen und Interaktionen historisch geformt wird. Und dennoch kann es nicht von Individuen gestaltet werden, wie Douglas behauptet:

Doch nicht die Individuen steuern die Klassifikationsvorgänge. Es handelt sich um einen kognitiven Prozess, an dem sie in derselben Weise beteiligt sind wie an den Strategien und Folgen der ökonomischen Prozesse oder wie an der Konstitution von Sprache. Individuen treffen Wahlentscheidungen innerhalb der Klassifikation.<sup>211</sup>

Nach Douglas' Ansicht sind die Individuen der Entwicklung der Naturalisierungen unterworfen. Ebenso wie kein Individuum eine Privatsprache hervorbringen kann,<sup>212</sup> vermag kein Individuum Klassifikationen zu begründen. Es vermag nur im Rahmen der unterstellten naturalisierten Ordnung Handlungen zu begehen. Das Individuum ist folglich frei, die Handlungen autonom zu bestimmen. Hingegen scheint der Handlungsraum für das Individuum vorgegeben.

Einer Rechtstheorie, die das Recht vorrangig als Organisation und freiwilligen Zusammenschluss versteht, bleibt der gestaltende Zugriff auf die Klassifikationen verwehrt. Deshalb kann das Recht nach meiner Interpretation des Institutionenbegriffs von Douglas gerade nicht durch einen solchen vertragsartigen Zusammen-

---

<sup>210</sup> Vgl. Rawls (1975: 159-166) oder auch die Idee des Urzustands in Rawls (1998: 89-97).

<sup>211</sup> Douglas (1991: 167).

<sup>212</sup> Siehe dazu die *Philosophischen Untersuchungen* in Wittgenstein (1984), oder Kripke (1987) sowie Kusch (2002: 175-196).

schluss Zustände kommen.<sup>213</sup> Ein Vertrag kann das bereits vorhandene Rechtsverständnis bloß organisieren, es kann dieses Verständnis indes nicht begründen. Demokratische Aushandlungsprozesse dienen demnach vorrangig dazu, sich durch Reflexion eines bereits verbreiteten Rechtsverständnisses zu vergewissern und dieses explizit zu machen, indem Rechtsnormen formuliert werden oder Zuständigkeiten von Behörden organisiert werden. Solche Reflexionen der Individuen über ihre Klassifikationen sind durchaus möglich. Douglas' Verweis auf die Sprache oder auf ökonomische Prozesse schließt die externe, organisierte Steuerung zwar aus. Dieser Hinweis verhindert aber nicht jegliche Gestaltbarkeit durch Individuen. Diese sind notwendig für die Konstitution von Sprache, von ökonomischen Prozessen oder eben von Recht, aber nicht in der Art eines Vertrages sondern aufgrund einer gemeinsamen Praxis. Der Verweis auf den institutionellen Charakter der Sprache schließt daher die Einflussmöglichkeiten des Individuums auf die Sprache keineswegs so klar aus, wie dies vielleicht den Anschein macht.<sup>214</sup> Einzig die Möglichkeit entfällt, dass sich Individuen ohne jegliche vorgängige Bindung in einer vertragsähnlichen Situation an das Rechtssystem binden, so wie sie einer Organisation beitreten oder allenfalls aus ihr austreten würden. Dies hindert nicht anzunehmen, dass derlei naturalisierte Gleichheiten gewissermaßen als Material vorliegen, um dann in wechselseitigen Begründungen von den Individuen gesichtet und verbindlich organisiert zu werden.

### 2.1.2.3 „Sekundäre Naturwüchsigkeiten“ und Naturalisierungen

Die Gestaltbarkeit, Rationalisierbarkeit und Entfaltung von Naturalisierungen im Allgemeinen und als geteiltes Rechtsverständnis im Besonderen wirft die Frage auf, welche Begründungen in den Rechtfertigungen von Rechtsnormen und Rechtsanwendungen ausschlaggebend sein sollen. Welchen Status dürfen Naturalisierungen in rechtlichen Erwägungen haben? Und daran schließt sich natürlich die Frage an, wie die Legitimation der Verwaltungsentscheide zurückgewonnen werden kann, die sich auf sekundäre Naturalisierungen stützen.

Laut der Diagnose der Krise des Rechtsstaats, die Habermas in *Faktizität und Geltung* darlegt, wird die Kette der Begründungen zwischen Verwaltungen und Öffentlichkeit gestützt auf sekundäre Naturwüchsigkeiten abgebrochen, wodurch die

---

<sup>213</sup> Als zeitgemäße Version siehe etwa die Idee des Urzustands in Rawls (1998: 89-97), oder die Konzeption von Gerechtigkeit als Fairness in Rawls (1992).

<sup>214</sup> Vgl. die Diskussion verschiedener Varianten der These, dass Gemeinschaften für Sprache notwendig sind, in Kusch (2002: 175-196).

Verwaltungstätigkeit ihre Legitimationsbasis verliert. Legitimation wiederzugewinnen bedingt dann, dass solche Ketten wieder geschlossen werden. Habermas versucht dies auf der Grundlage eines prozeduralistischen Rechtsparadigmas zu erreichen, indem er die Gleichheiten, die sich aus den Naturalisierungen der Verwaltungen ergeben, mit der kommunikativen Macht der Gleichheit in zwanglosen Diskursen konfrontiert. Die Frage ist nun allerdings, ob dies genügt. Denn aus dem unterschiedlichen demokratietheoretischen Status von naturalisierten Gleichheiten (und konkreten Rechtsparadigmen) im Gegensatz zur transzendentalpragmatisch begründeter Gleichheit (und dem prozeduralistischen Rechtsparadigma) folgt nicht, dass auf die Funktion von Naturalisierungen, Gleichheit zu erzeugen, verzichtet werden kann. Die besondere Funktion der Institutionen und Naturalisierungen im Sinn von Douglas ist, dass diese durch Analogien Menschen und Natur aufeinander beziehen und nicht bloß Menschen als Kommunikationswesen zusammenführen. Im transzendentalpragmatischen Verständnis wird zwar eine Welt formal vorausgesetzt, doch diese Welt bleibt substantiell ohne Inhalt. Wird dieser Inhalt allein durch die objektive Welt gefüllt, dann läuft die Diskurstheorie Gefahr, Recht bloß diskursiv organisieren zu wollen, und dabei die kognitiven Strukturen einer geteilten sozialen Welt zu verlieren. Diese Strukturen entstehen erst durch Kommunikationen, die gemäss Habermas einen gemeinsam geteilten sozialen Raum aufspannt.<sup>215</sup>

Zur Überwindung der Krise des Rechtsstaats bringt Habermas die bereits diskutierte Empfehlung vor, verfestigte sekundäre Naturwüchsigkeiten durch öffentliche Diskurse aufzulösen. Im Gegensatz zu bloßer Kommunikation, die soziale Räume gleichsam wuchern lässt, sind Diskurse darauf angelegt, nicht einfach Handlungen zu koordinieren, sondern Geltungsansprüche zu kritisieren und einzulösen.<sup>216</sup> In Diskursen wird folglich kritisch hinterfragt, was kommunikativ schlicht vorausgesetzt wird. Derlei stillschweigende Unterstellungen sind gerade die kognitiven Strukturen der Institutionen und die Naturalisierungen, die die Handlungskoordination ermöglichen. Doch in welchem Sinne überschreitet der Diskurs die Grenzen, die in alltäglichen Kommunikationen stillschweigend akzeptiert werden? Wenn Habermas Diskurse von Kommunikationen dadurch unterscheidet, dass in ersteren Geltungsansprüche explizit thematisiert werden, dann impliziert dies noch keine Ansicht bezüglich möglicher Gründe. Diese müssen nicht von Außen herangetragen werden, sondern können im Sinn eines internen Rea-

---

<sup>215</sup> Siehe Habermas (1992: 436).

<sup>216</sup> Vgl. etwa Habermas (2001a: 44f.).

lismus durch die Praxis konstituiert werden.<sup>217</sup> Dann ist es aber nicht möglich, Naturalisierungen überhaupt aufzulösen und sie durch wechselseitige gleichsam vertragliche Übereinkunft zu ersetzen. Vielmehr werden Naturalisierungen gegeneinander abgewogen.

Habermas' Rede von sekundären Naturwüchsigkeiten unterstellt allerdings implizit, dass es primäre Naturwüchsigkeiten gebe, die nicht durch historisch kontingente Entscheidungen beeinflussbar sind. Diese Annahme wird von Habermas wiederholt vertreten, so etwa wenn er schreibt:

Die soziale Welt, auf die wir uns in normativer Einstellung richten, ist auf eine andere Weise *historisch* als jene Regelmäßigkeiten und Gesetze, die den Kontext der beschreibbaren Ereignisse und Zustände in der objektiven Welt bilden. Die Unvollständigkeit dessen, was moralische Begründungsdiskurse leisten können, erklärt sich letztlich daraus, dass die soziale Welt als die Gesamtheit legitim geregelter interpersonaler Beziehungen ontologisch anders verfasst ist. Anders als wir es in objektivierender Einstellung der objektiven Welt als der Gesamtheit existierender Sachverhalte unterstellen, hat die soziale Welt als solche einen geschichtlichen Charakter.<sup>218</sup>

Während die soziale Welt durch Entscheidungen konstituiert wird und deshalb historisch ist, bleibt die objektive Welt Habermas zufolge von derlei Wandel unberührt. Die soziale Welt wird hier – im Gegensatz zum sozialen Raum – diskursiv konstituiert, da er sich auf diejenigen Beziehungen und Handlungserwartungen beschränkt, die wechselseitig gerechtfertigt und als legitim anerkannt werden. Ebenso wie sich Kommunikation und Diskurs unterscheiden, sind der kommunikativ erzeugte soziale Raum und die diskursiv bereinigte soziale Welt voneinander abzugrenzen. Kommunikative Welten gelten zwar faktisch, aber nur diskursiv geklärte Welten können den Anspruch einlösen, gültig zu sein.

So ergibt sich folgendes Bild: Während die soziale Welt in normativen Diskursen zwischen Gleichen begründet wird, ist die objektive Welt den Teilnehmenden am Diskurs immer schon gegeben – wenngleich noch nicht erkannt. Die primäre Naturwüchsigkeit der objektiven Welt sowie die transzendentalpragmatisch begründete Gleichheit der Personen, die an Diskursen teilnehmen, bilden dann das hinreichende Fundament, um die verbindliche Rechtsordnung zu rechtfertigen. Hier scheinen Naturalisierungen nicht notwendig, da die primären Naturen der objektiven Welt sowie der Teilnehmenden an Diskursen als Fundament aller Gleichheit dienen. Nach

---

<sup>217</sup> Vgl. Putnam (1991: 199-204).

<sup>218</sup> Habermas (1992: 142).

dieser Deutung wird der kommunikativ konstituierte, gemeinsame soziale Raum aufgelöst und die kontextgebundenen Fesseln werden gesprengt.<sup>219</sup>

Diese Entkoppelung des Rechtsverständnisses von Handlungskontexten führt meines Erachtens zur beklagten Entkoppelung der Expertenkulturen und dazu, dass die Kette der Begründungen zwischen Verwaltungen und Öffentlichkeit unterbrochen wird. Die Frage, welche Begründungen ausschlaggebend sein sollten, wenn Rechtsanwendungen gerechtfertigt werden, um die Legitimation der Verwaltungsentscheide zurückzugewinnen, scheint hier in aller Deutlichkeit auf: Die Diskurstheorie des Rechts unterstellt zwei divergierende Bezugspunkte der Rechtfertigung: Nach dem ersten soll die Rechtfertigung mit Blick auf die lebensweltlichen Erfahrungen oder, gemäss Douglas, hinsichtlich Recht als Institution erfolgen. Nach dem zweiten soll das Recht diskursiv in Bezug auf die objektive und soziale Welt gerechtfertigt werden. Die zweite Variante führt (bei einer starken Lesart)<sup>220</sup> dazu, dass Wissen, das in alltäglichen Erfahrungen und Verständigungsverhältnissen verankert ist, beim Übergang von der Kommunikation zum Diskurs seine begründende Kraft zu verlieren droht. Denn bei diesem Wechsel zählen nicht mehr unterstellte Selbstverständlichkeiten, sondern maßgebend ist allein, welche problematisierten Geltungsansprüche mit Bezug auf die Gegebenheiten der objektiven und sozialen Welt eingelöst werden können. Unnötig erscheint dann allerdings, dass die legitime Rechtswirklichkeit überhaupt der Zustimmung eines egalitären Laienpublikums bedarf. Es müsste schließlich hinreichen, dass allein die Rechtsnormen in demokratischen Gesetzgebungsverfahren diesem Anspruch genügen, um schließlich pragmatisch – allerdings nur gestützt auf primäre Naturen – umgesetzt zu werden.

Der Unterschied zu einer Expertokratie beruht nach dieser Interpretation darauf, dass normative und pragmatische Entscheidungen klar unterschieden sind und sich die Sachverständigen nicht anmaßen, normative Entscheide zu fällen. Unter diesen Umständen sind sekundäre Naturwüchsigkeiten – egal ob von den Behörden oder von anderen Organisationen ausgehend – zu vermeiden. Zivilgesellschaftliche Organisationen wären nach dieser Deutung nicht deshalb zu begrüßen, weil sie mit alternativen Naturalisierungen und Maßstäben der Rechtsanwendung einen Rechtferti-

---

<sup>219</sup> Vgl. Kritik von Larmore (2001: 111): „Habermas ist der Ansicht, dass die ideale Rechtfertigung mehr sein muss als bloß die idealisierte Anwendung unserer gegenwärtigen Hintergrundannahmen. Warum wir uns aber in unseren Ansprüchen soviel anmaßen sollen, ist ein Rätsel.“

<sup>220</sup> Habermas (2001a: 35) schlägt neuerdings eine schwächere Lesart vor, die den Adressaten mehr Gewicht gibt.

gungsdruck auf die Rechtsauffassung der Behörden ausüben, sondern weil sie durch ihre allgemeine Kritik an sekundären Naturwüchsigkeiten dazu beitragen, diese aufzuspüren und zu beseitigen. Doch nach dieser Interpretation sind nur diejenigen Selbstverständlichkeiten im Recht zu berücksichtigen, die einer diskursiven Klärung standhalten. Dies führt gerade bei Technologien zu erheblichen Schwierigkeiten. Wie das Beispiel der Kennzeichnungspflicht gentechnisch veränderter Lebensmittel gezeigt hat, sind dessen wahre Beschaffenheiten in keiner Weise objektiv vorgegeben. Die Beschaffenheiten, die für die Kennzeichnung rechtserheblich sind, müssen vor dem Hintergrund eines Geflechts von Handlungszusammenhängen bestimmt werden. Ein solches Geflecht wird indes genau von derartigen Naturalisierungen getragen, die aus den Begründungen im Recht herausfallen müssten, wenn allein auf primäre Naturen abgestellt würde. Deshalb führt die zweite Variante, nach der das Recht diskursiv in Bezug auf die objektive und soziale Welt gerechtfertigt werden soll, dazu, dass Technologien in einer Weise reguliert werden, die kaum die Zustimmung der Laien finden kann, da deren Wahrnehmungen und Erfahrungen in einem sozialen Raum nicht angemessen berücksichtigt werden.

Der Pluralismus von Ordnungen und Handlungszusammenhängen, die bei der staatlichen Regulation zu berücksichtigen ist, kann nicht in Diskursen auf die komplementäre objektive und soziale Welt reduziert werden, wenn die Zustimmung des Laienpublikums aufgrund deren Rechtsverständnisses erfolgen soll. Dieses entwickelt sich in konkreten Kommunikations- und Handlungszusammenhängen, in denen auch die Vielfalt von Selbstverständlichkeiten erzeugt wird, die zu einem Pluralismus der Ordnungen führen. Insofern Habermas selbst diesen Pluralismus für den Sozial- und Präventionsstaat anerkennt,<sup>221</sup> kann er eine einzige relevante Ordnung, wie sie dem Rechtsstaat in der Wirtschaftsordnung begegnete, nicht mehr stillschweigend voraussetzen. Dies impliziert nicht, dass es keine objektive Welt oder dergleichen gebe, sondern sagt vielmehr etwas darüber aus, welche Begründungen im Recht ausschlaggebend sein können. Falls eine objektive Welt tatsächlich im Sinn einer primären Natur gegeben wäre, könnte dies, so meine Schlussfolgerung, nichts daran ändern, dass Naturalisierungen für den Vollzug von Rechtsnormen herangezogen werden müssen, die als konkrete Rechtsparadigmen die Entscheidung begründen, ob und wie eine Norm angewendet werden soll. Die objektive Welt sagt darüber ebenso wenig aus, wie die „gemischten Bündel von Dingen“<sup>222</sup>, die gemäss

---

<sup>221</sup> Siehe Habermas (1992: 525).

<sup>222</sup> Douglas (1991: 92).



Douglas noch keine Klassifikation festsetzen. Sekundäre Naturwüchsigkeiten können nicht auf primäre Naturwüchsigkeiten eingeschränkt werden, sondern müssen als notwendige Naturalisierungen behandelt werden.

### *2.1.3 Rechtsparadigmen und Gleichheit*

Der Pluralismus verschiedener Ordnungen konfrontiert die Verwaltungen mit konkurrierenden Maßstäben bei der Rechtsanwendung. Im ersten Teil habe ich gezeigt, dass dieses Nebeneinander möglicher Maßstäbe Jürgen Habermas zufolge von einer aufmerksamen Öffentlichkeit so wahrgenommen wird, dass die Wahl der Maßstäbe kontingent erscheint und die Rechtswirklichkeit, die von den Verwaltungen gestaltet wird, nicht mehr durchgängig begründet werden kann. Die Folge ist der Verlust der Legitimität, die die Verwaltungen bezüglich ihrer Entscheidungen zu beklagen haben.

Jede dieser Ordnungen – als Institution im Sinn der eben ausgeführten Thesen von Mary Douglas – koordiniert Handlungen gestützt auf überindividuell geteilte Naturalisierungen. Diese legen die Aspekte der Welt fest, die für die Beurteilung von Gleichheit und für die Begründung von Gerechtigkeit relevant sind. Die Naturalisierungen ergänzen das formale Gleichheitsgebot, das für jegliche Auffassung von Gerechtigkeit fundamental ist, dass Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln sei. Was als Gleiches und was als Ungleiches zu betrachten sei, wird mit dieser formalen Aussage über Gerechtigkeit noch gar nicht berührt. Diese Formel erlaubt lediglich, verschiedenste Auffassungen darüber, was gerecht sei, zunächst unter einem formalen Aspekt zusammenzuführen.

Konflikte darüber, ob eine bestimmte Handlungsweise gerecht sei oder nicht, entzünden sich nicht an diesem formalen Prinzip, sondern sie werden dadurch geschürt, dass divergierende Maßstäbe für Gleichheit in Anschlag genommen werden.<sup>223</sup> Das formale Prinzip verlangt Unparteilichkeit und eine nach Regeln verfahrenende Entscheidungsfindung. Doch gerade weil es um Entscheidungen und um die Anwendung von Regeln geht, muss das formale Prinzip bei der konkreten Anwendung in Situationsdeutungen substantiell gefüllt werden. Nicht nur die angewendete Norm sondern auch die Situationsdeutung sollen überindividuelle Geltung beanspruchen können, und in diesem Sinn sollen gerechte Entscheide intersubjektiv

---

<sup>223</sup> Siehe etwa die moral- und rechtssoziologischen Arbeiten von Boltanski & Thévenot (1991, 1999 oder 2000) oder die Aufsatzsammlung zur moraltheoretischen Egalitarismusdebatte in Krebs (2000)

nachvollziehbar sein. Naturalisierungen, die als kontingente, aber überindividuell gültige kognitive Strukturen die Welt für Handlungen ordnen, bieten Inhalte der gesuchten Art an.

Es gilt also, zwischen der Gerechtigkeit im Sinn formaler Gleichheit und Vorstellungen von Gerechtigkeit mit Bezug auf substantielle Gleichheit zu unterscheiden. Zwischen diesen Typen von Gleichheit besteht eine unauflösliche Spannung, die Habermas mit den Gegensätzen zwischen Legitimität und Effizienz beschreibt.<sup>224</sup> Faktizität oder auch Effizienzüberlegungen beruhen auf substantiellen Ordnungen von Gleichem, während die Geltung auf der demokratischen Genese des Rechts unter Gleichen beruht. In der Diskurstheorie des Rechts ist daher ein bipolares Spannungsverhältnis zwischen Geltung, die auf kommunikativer Macht unter Gleichen beruht, und Faktizität, die von den Behörden erzeugt wird, enthalten.<sup>225</sup> Diese bipolare Konstruktion erweitert sich zum dreidimensionalen Bezugssystem, wenn Naturalisierungen im Theoriegebäude gebührend berücksichtigt werden sollen. Dieses dreidimensionale Bezugssystem wird von der transzendentalpragmatisch begründeten, demokratischen Gleichheit (Diskurs), den naturalisierten Gleichheiten (Institutionen), die das allgemeine Verständnis für rechtmäßiges Handeln untermauern, sowie den Rechtsparadigmen der Behörden (Organisation) gebildet.

Im Vollzug können folglich nicht nur die Anforderungen der demokratischen Gleichheit verletzt werden, wenn Entscheidungen der Behörden von normativen Erwägungen durchzogen sind.<sup>226</sup> Ebenso können Ansprüche institutioneller Gleichheit verwehrt werden. Genauer lassen sich Gefühle der Missachtung nicht nur auf eine pragmatisch unzulängliche Umsetzung oder auf verdeckte normative Entscheidungen, die in den Gesetzgebungsprozess gehörten, zurückführen. Behördlichen Entscheidungen können solche Gefühle bei Betroffenen auch dann auslösen, wenn das Rechtsempfinden der Behörden im Vergleich zu den Betroffenen abweichende kognitive Strukturen zu Grunde legt. In solchen Fällen wird nicht die Geltung der Rechtsnorm in Frage gestellt, sondern kritisiert wird, was ich im ersten Teil die Typologie rechtserheblicher Sachverhalte genannt habe. Das heißt, beanstandet wird, wie die Behörden das Rechtsverständnis – in Ergänzung zu den demokratisch gesetzten Rechtsnormen – epistemisch organisieren. Ich erinnere hier an das Beispiel der Revision der Kennzeichnungspflicht von gentechnisch veränderten Lebensmitteln, bei der

---

<sup>224</sup> Zur Spannung zwischen Effizienz und Legitimität siehe etwa Habermas (1992: 518f. 525f., 531, 535).

<sup>225</sup> Zur dieser Verschränkung von Faktizität und Geltung siehe etwa Habermas (1992: 46, 171).

die Rechtsnorm nie in Frage stand. Die Verwaltung ordnete im Rahmen der Korrektur der Legaldefinition die rechtserheblichen Zusammenhänge neu. Sie reorganisierte mit anderen Worten die epistemischen Grundlagen dahingehend, unter welchen Umständen es rechtmäßig sei, eine Kennzeichnung zu verlangen.

Mittels Typologien rechtserheblicher Sachverhalte klassifizieren Behörden die Tatbestände, fügen Gleiches zu Gleichem und sondern Ungleiches aus. Typologien rechtserheblicher Sachverhalte legen somit Gleichheit fest, oder in der Terminologie von Luc Boltanski und Laurent Thévenot: Sie qualifizieren Personen und Dinge und erzeugen so eine bestimmte Perspektive der Gleichheit.<sup>227</sup> Da das Recht die Funktion hat, das allgemein verbreitete Rechtsverständnis zu ordnen und verbindlich zu organisieren, genügt es nicht, allein die Handlungserwartungen in Rechtsnormen zu fassen. Gleichmaßen müssen die allgemein anerkannten Situationsdeutungen durch Typologien organisiert werden. Die Rechtsanwendung muss ebenso organisiert werden wie die demokratische Begründung der Rechtsnormen. Denn die Situationsdeutung bei der Rechtsanwendung ist nicht einfach ein unmittelbarer kognitiver Akt angesichts einer objektiv gegebenen eindeutigen Welt, sondern setzt kognitive Strukturen voraus, die als Naturalisierungen (der Behörden) Sachverhalte klassifizieren und Vergleichbarkeit erzeugen. Diesen Prozess der Qualifikation werde ich daher im Verlauf dieses zweiten Teils eingehender erörtern.

### 2.1.3.1 Gleichheit: demokratisch, naturalisiert und epistemisch

Die diskursive Macht zwangloser Kommunikation baut in Habermas' Konzeption auf drei Pfeilern auf, die gleichermaßen transzendentalpragmatisch vorausgesetzt werden: Eine gemeinsame Welt, gleiche Freiheit und gleiche Bedingungen, Geltungsansprüche kommunikativ einzulösen.<sup>228</sup> Diese Gleichheiten stiften zunächst die diskursive Gleichheit der Akteure in Sprechsituationen. Klärungsbedürftig ist daher, wie diese Gleichheit, die Habermas auch als Diskursprinzip bezeichnet,<sup>229</sup> sich zu naturalisierten Gleichheiten verhält, wenn Gleichheit im Rechtsstaat verbindlich organisiert wird.

<sup>226</sup> Vgl. den entsprechenden Vorwurf in Habermas (1992: 526).

<sup>227</sup> Siehe etwa Boltanski & Thévenot (2000: 213).

<sup>228</sup> Diese Thesen finden sich mit Variationen in zahlreichen Publikationen von Habermas. Da es hier nicht um die verschiedenen Varianten gehen soll, greife ich auf die kompakte Argumentation zurück, die in Habermas (2001a: 15-49) zu finden ist.

<sup>229</sup> Siehe insbesondere die Bestimmungen des Diskursprinzips in Habermas (1983: 103; 1992: 138).

In Kommunikationen und Diskursen beziehen sich alle auf eine gemeinsame Welt.<sup>230</sup> Diese Voraussetzung sichert, dass Handlungskoordinationen überhaupt in einem gemeinsamen Handlungsraum vollzogen werden; denn gestützt auf „diese formale Weltunterstellung verschränkt sich die Kommunikation über etwas in der Welt mit praktischen Eingriffen in die Welt.“<sup>231</sup> Allerdings ist diese Voraussetzung nur formal, da in Wirklichkeit die Akteure „sich nur *aus* dem Horizont ihrer jeweiligen Lebenswelt heraus *auf* Innerweltliches richten“ können.<sup>232</sup> Substantiell tauchen hier folglich Naturalisierungen auf, die als selbstverständliche Grundlage der Handlungskoordination unreflektiert vorausgesetzt werden. Zweitens wird den Akteuren Freiheit und Zurechnungsfähigkeit unterstellt.<sup>233</sup> Nur so macht es Sinn, dass diese „einander »beim Wort nehmen« oder »zur Rede stellen«“<sup>234</sup> und sich „als Sprecher und Adressaten in der Rolle von ersten und *zweiten* Personen buchstäblich auf gleicher Augenhöhe“ begegnen. Ohne diese formale Unterstellung würde die Rede einer gemeinschaftlichen Selbstgesetzgebung, die für das Recht grundlegend ist, überhaupt keinen Sinn machen. Drittens verbindet Habermas die Unterstellung einer gemeinsamen Welt und die Freiheit der Individuen in der Annahme, dass Geltungsansprüche wechselseitig eingelöst werden können.<sup>235</sup> In der zweiten Annahme bleibt der Blick noch auf Handlungsfreiheit und Zurechnungsfähigkeit und auf das autonome Individuum eingeschränkt. Durch die Annahme Habermas', dass sich kommunikativ Handelnde über Geltungsansprüche wechselseitig verständigen können, wird eine intersubjektive Brücke zwischen den je freien Individuen geschlagen, die so private von öffentlichen Belangen begrenzen und letztere verbindlich regeln.

Mit diesen drei Annahmen ist das Fundament für die diskursive Gleichheit der Akteure in Sprechsituationen gelegt. Diese führt über das Universalisierungsprinzip in praktischen Diskursen zum Diskursprinzip.<sup>236</sup> Letzteres begründet im Rechtsstaat

---

<sup>230</sup> Siehe dazu ausführlich Habermas (2001a: 15-24).

<sup>231</sup> Habermas (2001a: 17).

<sup>232</sup> Habermas (2001a: 23).

<sup>233</sup> Dazu Habermas (2001a: 24-32).

<sup>234</sup> Habermas (2001a: 24).

<sup>235</sup> Siehe Habermas (2001a: 32-38).

<sup>236</sup> Der Schluss von der idealen Sprechsituation zum Diskursprinzip erläutert Habermas (1983: 103) wie folgt: „Aus den genannten Diskursregeln [d.h. kein Ausschluss von Teilnehmenden und Problematisierungen von Behauptungen sowie Zwanglosigkeit bzw. der idealen Sprechsituation] ergibt sich nämlich, dass eine strittige Norm unter den Teilnehmern eines praktischen Diskurses Zustimmung nur finden kann, wenn >U< gilt, d.h. [...] wenn die Folgen und Nebenwirkungen, die sich aus einer *allgemeinen* Befolgung der strittigen Norm für die Befriedigung der Interessen eines *jeden Einzelnen* voraussichtlich ergeben, von allen *zwanglos* akzeptiert werden können. [... Gestützt auf das Universalisie-

wiederum den grundlegenden Status von Rechtsträgern. Wenn das „Diskursprinzip [...] auf dem Wege der rechtsförmigen Institutionalisierung die Gestalt eines Demokratieprinzips“<sup>237</sup> annimmt, wird der Status von Rechtspersonen festgelegt, die über fünf verschiedene Kategorien von Grundrechten verfügen: zunächst drei Grundrechte die sich aus der autonomen Ausgestaltung des „Rechts auf *das größtmögliche Maß gleicher subjektiver Handlungsfreiheiten*“, „des Status eines Mitgliedes in einer freiwilligen Assoziation von Rechtsgenossen“ sowie „des individuellen Rechtsschutzes“ ergeben.<sup>238</sup> Das Recht auf die autonome Organisation dieser drei Aspekte des Rechtsstaats legt gemäss Habermas den Grundstein für liberale Abwehrrechte. Die vierte Kategorie beschreibt den Kerngedanken demokratischer Gleichheit im Rechtsstaat. Sie versetzt die Rechtsträger in die „Rolle von Autoren“<sup>239</sup> und umfasst

Grundrechte auf die chancengleiche Teilnahme an Prozessen der Meinungs- und Willensbildung, worin Bürger ihre *politische Autonomie* ausüben und wodurch sie legitimes Recht setzen.<sup>240</sup>

Die individuelle politische Autonomie soll in den Verfahren der Gesetzgebung ihren rechtsförmigen Ausdruck finden. Diese demokratische Gleichheit als Voraussetzung legitimen Rechts wurde im ersten Teil bereits angesprochen, um deutlich zu machen, was an der illegitimen Machtenfaltung der Verwaltung und dem Status der Sachverständigen stoßend sei. Die chancengleiche Teilnahme an der Meinungs- und Willensbildung bedeutet, dass im Sinn des Diskursprinzip „genau die Normen Geltung beanspruchen, die die Zustimmung aller potentiell Betroffenen finden könnten, sofern diese überhaupt an rationalen Diskursen teilnehmen.“<sup>241</sup> Mit dieser Formulierung differenziert Habermas zwischen der allgemeinen Kommunikation von Personen im intersubjektiv geteilten sozialen Raum und dem Diskurs zwischen Trägern politischer Rechte in der demokratischen Meinungs- und Willensbildung.

---

rungsprinzip ‚U‘] kann *die Diskursethik selbst* auf den sparsamen Grundsatz >D< gebracht werden, [...] dass nur die Normen Geltung beanspruchen dürfen, die die Zustimmung aller Betroffenen als Teilnehmer eines praktischen Diskurses finden (oder finden könnten).“ Eine vergleichbare Argumentation hinsichtlich der Universalisierung und der Formulierung des Diskursprinzips findet sich in *Faktizität und Geltung*. Das Diskursprinzip lautet für Habermas (1992: 138) dort: „Gültig sind genau die Handlungsnormen, denen alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen könnten.“ Das Universalisierungsprinzip wird von Habermas nicht explizit erwähnt, taucht aber bei der Erklärung dazu auf, welche Personen als Betroffene im Sinn des Diskursprinzip gelten können: „»Betroffen« nenne ich jeden, der von den voraussichtlich eintretenden Folgen einer durch Normen geregelten Praxis in seinen Interessen berührt wird.“ Habermas (1992: 138).

<sup>237</sup> Habermas (1992: 154).

<sup>238</sup> Habermas (1992: 155f.).

<sup>239</sup> Habermas (1992: 156).

<sup>240</sup> Habermas (1992: 156).

Die Organisation der Meinungs- und Willensbildung im Gesetzgebungsverfahren legt die Art und Weise fest, wie die verbindliche Zustimmung aller oder zumindest einer (qualifizierten) Mehrheit zu erfolgen hat.

In der Konzeption von Habermas wird die Differenz zwischen Kommunikation und Diskurs von derjenigen zwischen Institution und Organisation überlagert. Auf diese Weise werden zwei unterschiedliche Differenzierungen ineins gesetzt: Die Unterscheidung zwischen Kommunikation und Diskurs ist sprachphilosophisch und differenziert danach, ob Geltungsansprüche problematisiert werden. Die Unterscheidung zwischen Institution und Organisation ist soziologisch und differenziert danach, ob die Handlungskoordination expliziten Regeln folgt. Habermas verbindet die sprachphilosophische mit der soziologischen Sichtweise, indem er bestimmt, dass die Organisation des Rechts sich an gleichsam oberste Regel halten soll, Konflikte im Sinne der Diskursregeln zu lösen. Diskurs und Organisation sollen sich – so interpretiere ich also die Intention von Habermas – in der Gesetzgebung insofern verbinden, als die Geltung des Rechts und insbesondere von Rechtsnormen in den organisierten Verfahren der Gesetzgebung reflektiert und problematisiert werden sollen. Der rechtssoziologische Einwand, dass dies oftmals nicht der Fall ist, ficht indes die rechtstheoretische Konzeption nicht an; denn diese formuliert mit der Rechtsform der Gesetzgebung eine Verfahrensform, die die Entfaltung der politischen Autonomie gewährleisten kann. Wenn diese Möglichkeit nicht wahrgenommen wird, falsifiziert das nicht das rechtstheoretische Konzept. Bedenklich ist hingegen nach meiner Auffassung, dass bei der Konstruktion, die Habermas vorschwebt, die Idee des Diskurses an die Stelle eines institutionellen Verständnisses tritt. Denn nach üblicher soziologischer Auffassung wird eine Organisation durch das institutionelle Verständnis der Akteure und nicht von einer Kommunikationstheorie getragen.

Problematisch ist meines Erachtens zudem die Unterscheidung zwischen Kommunikation und Diskurs: Diese Unterscheidung kann nur aus der Perspektive von Außenstehenden an Kommunikationen herangetragen werden, aus der Binnenperspektive der Bürgerinnen und Bürger als Autoren ihrer Rechtsordnung erweist sich diese Differenz als künstlich.<sup>242</sup> Sie schließt insbesondere gestützt auf die Diskurstheorie willkürlich Gründe aus, die in der sozialen Interaktion von Bedeutung sein können. Denn insofern als Wahrheitsansprüche nur durch Bezug auf die Evidenzen aus der

---

<sup>241</sup> Habermas (1992: 161).

objektiven Welt eingelöst werden sollen, müsste Naturalisierungen eine begründende Kraft abgesprochen werden.<sup>243</sup> Gemäss Habermas ist bezüglich der Ausgestaltung der politischen Autonomie die Binnenperspektive der Akteure maßgeblich; denn hier „müssen wir einen Perspektivenwechsel vornehmen, der nötig ist, wenn die Bürger das Diskursprinzip in eigener Regie sollen anwenden können.“<sup>244</sup> In der Gesetzgebung ist der „Zugriff auf normative und pragmatische Gründe“ laut Habermas uneingeschränkt.<sup>245</sup> Doch in letzteren nehmen die Bürgerinnen und Bürger über Wahrheitsansprüche Bezug auf die Bedingungen der objektiven Welt – oder eben Naturalisierungen. Fraglich ist unter diesen Umständen, ob der politische Diskurs tatsächlich die kommunikativ erzeugten Naturalisierungen ausklammern kann, oder ob das Konzept des Diskurses bei der Gesetzgebung letztlich in einem schwächeren Sinn zu verstehen ist: als organisierte Form von Verständigung über das gemeinsame Rechtsverständnis mit dem Ziel, verbindlicher Handlungserwartungen in Rechtsnormen zu fassen.

### 2.1.3.2 Habermas' fünfte Kategorie der Grundrechte und epistemische Souveränität

Die politische Autonomie genügt freilich nicht, da im Rahmen der Gesetzgebung allein verbindliche Handlungserwartungen ausgehandelt werden. Recht muss durch Vollzug und Rechtsanwendung Wirklichkeit werden. Ein einfaches Beispiel ist die Verteilungsgerechtigkeit bei einem Kuchen: An alle sollen zunächst gleich große Stücke verteilt werden (wenn sie später Teile davon tauschen oder einfach so weitergeben, ist das nicht mehr ein Problem der austeilenden Gerechtigkeit). Aber nicht alle Umsetzungen abstrakter Gerechtigkeitsmaßstäbe oder allgemein abstrakter Rechtsnormen sind so einfach, wie wenn die Größe der Kuchenstücke für alle sichtbar ist. In diesem Sinn muss Gleichheit erzeugt werden.

---

<sup>242</sup> Vgl. etwa die Kritik an der Konzeption der kontextlosen idealen Rechtfertigung, die Habermas offenbar im Diskurs anstrebt, bei Larmore (2001: 111).

<sup>243</sup> In diesem Punkt schillert die Position von Habermas gerade beim Wahrheitsbegriff. Er möchte daran festhalten, dass eine Aussage durch Tatsachen wahr wird und nicht einfach durch deren Behauptbarkeit; vgl. etwa Habermas (1999: 286-291). Larmore (2000: 336f.) übt daran Kritik, die auf die Unterscheidung von inhaltlichen und epistemischen Bedingungen der Wahrheit zielt. Habermas (2001a: 35f.) berücksichtigt die Verständigungsverhältnisse, doch betont er: „[E]ine Aussage findet die Zustimmung aller vernünftigen Subjekte, weil sie wahr ist; sie ist nicht wahr, weil sie den Inhalt eines ideal erzielten Konsens bilden könnte.“ (Habermas 2001a: 36). Dementsprechend kann der zwanglose Konsens über Naturalisierungen Aussagen nicht wahr machen, und Naturalisierungen, die die Überzeugungen einer Gemeinschaft wiedergeben, verfügen über keine begründende Kraft.

<sup>244</sup> Habermas (1992: 160).

<sup>245</sup> Habermas (1992: 236).

Die Krise des Rechtsstaats entsteht aufgrund einer mangelhaften Teilhabe der Öffentlichkeit an der Genese der Typologien rechtserheblicher Sachverhalte, die situationsübergreifende Vergleichbarkeit gewährleisten und die Rechtswirklichkeit gestalten. Diese Teilhabe ist folglich schützenswert, da im Vollzug Gerechtigkeitsmaßstäbe bestimmt und gefestigt werden – sei es nach Art der austeilenden Gerechtigkeit öffentlicher Ressourcen oder nach Art der ausgleichenden Gerechtigkeit bei der staatlichen Sanktion von Rechtsverletzungen. Angesichts des Pluralismus der möglichen Vollzugsordnungen besteht das Problem nicht allein darin, die verwendeten Gerechtigkeitsmaßstäbe sichtbar zu machen, sondern die Wahl der einen oder anderen Ordnung muss auch gerechtfertigt werden. Dies ist das Kernproblem des Legitimitätsverlusts der Verwaltungen, den ich im ersten Teil herausgearbeitet habe. Rechtsparadigmen und Typologien rechtserheblicher Sachverhalte müssen legitimiert werden. Doch da sie sich von Rechtsnormen wesentlich unterscheiden, können sie nicht durch politische Autonomie gesichert werden, die durch die rechtsförmige Gesetzgebung demokratische Souveränität begründet. Meine These lautet daher: Der Schutz an der Teilhabe der Genese der Typologien verlangt Rechtsformen, die epistemische Souveränität sichern.

Tatsächlich ist eine solche Kategorie der Grundrechte im Theorieprogramm von *Faktizität und Geltung* angelegt. An die Verständigung über die verbindlichen Handlungserwartungen schließt sich die Verständigung darüber an, welche Lebensbedingungen gewährt werden sollen. Demgemäß ergibt sich für Habermas eine fünfte Kategorie der Grundrechte. Diese verleiht

Grundrechte auf die Gewährung der Lebensbedingungen, die in dem Maße sozial, technisch und ökologisch gesichert sind, wie dies für die chancengleiche Nutzung der [anderen vier Kategorien der] bürgerlichen Rechte unter gegebenen Verhältnissen notwendig ist.<sup>246</sup>

Es geht bei diesen Grundrechten also darum, inwiefern die substantiellen Bedingungen für Gleichheit in sozialen, technischen und ökologischen Handlungszusammenhängen gewährt werden sollen. Mit dieser fünften Kategorie werden Grundrechte gestiftet, die zunächst allein die gerechte Verteilung von Ressourcen zu betreffen scheinen. Doch tatsächlich geht diese Kategorie über die Ressourcenverteilung hinaus und ergänzt den Katalog der Grundrechte mit Blick auf die Rechtsanwendung in einer Weise, die meines Erachtens Rechte zur Sicherung der epistemischen Souveränität begründen.

---

<sup>246</sup>

Habermas (1992: 156f.).



Tatsächlich erweist sich die Interpretation dieser Kategorie im Sinn bloßer materieller Verteilungsgerechtigkeit im Textzusammenhang als zu eng; denn Habermas verzichtet auf einen unmittelbaren Kommentar zu dieser fünften Kategorie, sondern verweist auf das letzte Kapitel von *Faktizität und Geltung*, das sich allgemein den Paradigmen des Rechts zuwendet, um sich dann insbesondere der Materialisierung des Privatrechts, der Dialektik zwischen rechtlicher und faktischer Gleichheit am Beispiel der feministischen Gleichstellungspolitik und schließlich der Krise des Rechtsstaats zu widmen. Das Kapitel „Paradigmen des Rechts“ dient demnach als erweiterte Erläuterung dieser Kategorie.<sup>247</sup> Schon der Titel dieses Kapitels zeigt an, dass es Habermas nicht allein um Verteilungsgerechtigkeit bezüglich verfügbarer materieller Ressourcen geht, sondern dass die Gewährung der Lebensbedingungen in engem Zusammenhang mit der chancengleichen Teilhabe an der Verwirklichung des Systems der Rechte steht. Wird das Kapitel „Paradigmen des Rechts“ insbesondere als Kommentar zur fünften Kategorie der Grundrechte gelesen, dann bricht die Krise des Rechtsstaats auf, weil diese Art der Grundrechte in den heutigen modernen Rechtsstaaten noch unzureichend entfaltet ist.

Die Diagnose der Krise des Rechtsstaats steht deutlich im Zeichen der Pluralisierung der Ordnungen, der sich die Behörden bei der Rechtsanwendung gegenübersehen. Wie ich anhand von Habermas' Ausführungen im ersten Teil hervorgehoben habe, kann sich der Staat nicht mehr darauf beschränken, allein die Wirtschaftsordnung zu erhalten. Der Sozial- und Präventionsstaat stellt den Staat vor Aufgaben, zu deren Bewältigung Wissen ein entscheidender Faktor wird.<sup>248</sup> Dann wird aber entscheidend, wer anhand welcher Kriterien beurteilt, was „unter gegebenen Verhältnissen notwendig“ ist; oder anders gesagt: Welche Sachverhalte für die Gewährung von Rechten rechtserheblich werden.

Diejenigen Grundrechte, die die chancengleiche Teilhabe an der Verwirklichung des Systems der Rechte gewährleisten sollen, unterscheiden sich von den vier übrigen Kategorien der Grundrechte:<sup>249</sup> Die Handlungsfreiheit soll Handlungsräume für Einzelne oder Gemeinschaften neben der Rechtswirklichkeit garantieren, d.h. die Privatsphäre soll gegenüber der durch Recht strukturierten, öffentlichen Sphäre durch Freiheitsrechte möglichst geschützt werden. Das Recht auf freie Assoziation von Rechtsgenossen, die die Rechtsgemeinschaft bilden, soll zweitens sicherstellen, dass

<sup>247</sup> So Habermas (1992: 157).

<sup>248</sup> In diesem Sinn Habermas (1992: 525).

Personen in die Organisation der staatlichen Behörden in geregelter Form eintreten können: Das heißt insbesondere, dass sie politische Rechte erhalten. Dabei muss das Diskursprinzip beachtet werden, so dass politische Rechte nicht gegen den Willen der betroffenen Person aberkannt werden können. Drittens muss im Rahmen des individuellen Rechtsschutzes gewährleistet werden, dass die Behörden natürliche oder juristische Personen bei der Rechtsanwendung von allgemein abstrakten Rechtsnormen gleich behandelt: Die Rechtsgleichheit soll gewahrt sein. Die vierte Kategorie soll schließlich die politische Autonomie durch das Gesetzgebungsverfahren zur Entfaltung bringen. Keine dieser Grundrechte deckt das Schutzgut der fünften Kategorie bereits ab: Freiheitsrechte betreffen das eigenständige, private Handeln, das im Rahmen der Rechtsordnung erlaubt ist. Die Zugehörigkeit zur Rechtsgemeinschaft betrifft den Status von Personen im Recht. Die Rechtsgleichheit hat die Ansprüche Einzelner auf Gleichbehandlung bei der Rechtsanwendung zum Gegenstand. Dieser Anspruch berührt zwar die Frage, auf welche Gerechtigkeitsmaßstäbe bei der Anwendung zurückgegriffen wird. Doch die Teilhabe an der Genese dieser Maßstäbe ist nicht unmittelbar, sondern erfolgt bestenfalls mittelbar kraft der vorgebrachten Kritik gegen die angewendeten Maßstäbe bei konkreten, rechtsanwendenden Erlassen. Die vierte Kategorie betrifft die Gesetzgebung und nicht den Vollzug.

In Abgrenzung zu den vier übrigen Kategorien der Grundrechte kann die fünfte, d.h. epistemische Souveränität, danach wie folgt spezifiziert werden: Epistemische Souveränität garantiert erstens die Teilhabe an der konkretisierenden Gestaltung der öffentlichen Sphäre (im Gegensatz zur Privatsphäre), die durch Rechtsnormen strukturiert ist. Sie bezieht sich zweitens auf den Status der Umwelt dieser Personen, die deren Handeln ermöglicht und nimmt nicht direkt Bezug auf den Status von Personen in der Rechtsgemeinschaft. Sie garantiert drittens die Mitgestaltung an den Maßstäben der Rechtsanwendung, die über die Gelegenheit zur Kritik seitens der direkt Betroffenen in Rechtsstreitigkeiten hinausgeht. Viertens und gleichsam der Kern epistemischer Souveränität: Sie soll die rechtsförmige Teilhabe an der epistemischen Genese des Rechts sicherstellen (im Gegensatz zur Teilhabe an der demokratischen Genese in der Gesetzgebung), bei der die Typologien rechtserheblicher Sachverhalte erzeugt werden, die der Rechtsanwendung der allgemein abstrakten Rechtsnormen zu Grunde gelegt werden.

Die fünfte Kategorie der Grundrechte, zu denen die Diagnose der Krise des Rechtsstaats gewissermaßen den Kommentar bildet, wird durch die Entkoppelung der Expertenkulturen und die mangelhafte Legitimation der Entscheidungen der Verwaltungen gefährdet. Meine These lautet nun, dass die Qualifikationen der Typologien rechtserheblicher Sachverhalte mit dem Rechtsverständnis der Bürgerinnen und Bürger verbunden bleiben sollen. Dazu müssen Verfahren eingerichtet werden, die diese letzte Kategorie der Grundrechte verwirklichen. Wenn daher Habermas auf das prozeduralistische Rechtsparadigma verweist, das diese Kategorie von Grundrechten zur Entfaltung bringen soll, dann kann damit nicht bloß gemeint sein, dass die Gesetzgebung verstärkt werden sollte. Denn dann würden die Grundrechte dieser fünften Kategorie bei deren Ausgestaltung mit den Rechten zusammenfallen, die aufgrund der politischen Autonomie im Rahmen der Gesetzgebung gewährt werden. Die Folge wäre dann, dass die fünfte Kategorie gegenüber der vierten keine eigenständigen Rechte ausbilden würde. Meines Erachtens soll diese fünfte Kategorie die epistemische Genese des Rechts gewährleisten, während die vierte die demokratische Genese des Rechts sicherstellt. Das bedeutet, dass die vierte Kategorie für die demokratische Souveränität konstitutiv ist, derweil die fünfte epistemische Souveränität begründet.

Epistemische Souveränität gehört nach meiner Einschätzung zum Kern eines nicht ausgeführten Theorieprogramms, das Habermas in *Faktizität und Geltung* entwirft. Die Ursache für Habermas' Scheitern sehe ich darin, dass die Diskurstheorie des Rechts Geltungsansprüche in unbefriedigender Weise an die objektive und die soziale Welt bindet, weshalb Habermas die Selbstverständlichkeiten, die sich im sozialen Raum durch Kommunikationen entwickeln, nur unzureichend integrieren kann. Da es im Rahmen der epistemischen Souveränität darum geht, welche Eigenschaften der gemeinsamen Welt rechtserheblich sind, führt der diskurstheoretische Kurzschluss zur objektiven Welt dazu, dass alltägliche Naturalisierungen ausgeklammert werden. Die Orientierung an Wahrheit im Recht kann indes nicht befriedigend behandelt werden, wenn Wahrheit allein auf die objektive Welt bezogen wird.

In *Kommunikatives Handeln und detranszendentalisierte Vernunft* erläutert Habermas die Orientierung an Wahrheit bei Aussagen in einer erweiterten Konzeption, die meines Erachtens einen Weg eröffnet, epistemische Souveränität in der Diskurstheorie des Rechts angemessen zu konzeptualisieren. Bezüglich der Wahrheitsorientierung unterscheidet Habermas die „zweistellige Relation der Gültigkeit von Aussagen“

von der „dreistelligen Relation der Geltung, die gültige Aussagen »für uns« haben“; denn da Wahrheiten nur diskursiv überprüfbar sind,

erweitert sich die zweistellige Relation der Gültigkeit von Aussagen zur dreistelligen Relation der Geltung, die gültige Aussagen »für uns« haben. Deren Wahrheit muss für ein Publikum erkennbar sein. Dann entfalten aber Ansprüche auf *unbedingte* Wahrheitsgeltung unter den *epistemischen* Bedingungen ihrer möglichen Rechtfertigung eine explosive Kraft *innerhalb* der jeweils bestehenden Verständigungsverhältnisse.<sup>250</sup>

Die bestehenden Kommunikationsbedingungen bestimmen demnach, welche gültigen Aussagen tatsächlich Geltung in einer konkreten Gemeinschaft haben können. Entscheidend ist daher nicht die unterstellte objektive Welt. Diese ist bloß dann allein wahrheitsverbürgend, wenn im Sinn der zweistelligen Relation zwischen Tatsachen in einer objektiven Welt und der Wahrheit, die in der Aussage behauptet wird, unterschieden wird. Dann ist unproblematisch, wie Wahrheitsansprüche geltend gemacht und eingelöst werden. Unter dem Gesichtspunkt dieser Unterscheidung übersieht ein harmloser Realist gewissermaßen, dass die Geltung von Aussagen – insbesondere im Recht – immer nur bezogen auf eine Gemeinschaft und deren Kommunikation besteht.<sup>251</sup> Nur so kann er annehmen, dass die Qualifikation von Typologien und deren substantielle Gleichheiten ohne eine institutionelle Stützung und explizite Verfahren auskommen. Denn gemäss Habermas geht der „epistemische Reflex der Unbedingtheit“ nicht allein von der objektiven Welt aus, sondern ergibt sich erst durch „die ideale Aufwertung des kritischen Publikums zu einer »letzten« Instanz“.<sup>252</sup> Auf diese Weise wird die Binnenperspektive der Akteure in der Wahrheitstheorie berücksichtigt. Die bestehenden Kommunikationsbedingungen sollten dann dahingehend untersucht werden, inwieweit sie dem Publikum die Möglichkeit geben, tatsächlich zur entscheidenden Instanz zu werden.

Wie schon für die demokratische Souveränität ist für die Entfaltung epistemischer Souveränität entscheidend, wie dieses Publikum zu verstehen ist: Als transzendentalpragmatisch konstituierte Personen, die an einem herrschaftsfreien Diskurs teilnehmen; als Mitglieder einer Organisation, die sich freiwillig Verfahrensregeln un-

---

<sup>250</sup> Habermas (2001a: 35); vgl. auch die kritischeren Bemerkungen Habermas' zu einem dreistelligen Geltungsbegriff in Habermas (1999: 287).

<sup>251</sup> Indes macht sich Habermas für den meines Erachtens harmlosen Realisten stark, wenn er wenig später schreibt: „[E]ine Aussage findet die Zustimmung aller vernünftigen Subjekte, weil sie wahr ist; sie ist nicht wahr, weil sie den Inhalt eines ideal erzielten Konsens bilden könnte.“ (Habermas 2001a: 36). Denn diese Formel „weil sie wahr ist“ für die „vernünftigen Subjekte“ impliziert einen Realismus von objektiver Welt und Vernunft, der durch die dreistellige Relation entweder (für den strikten Realisten) verzerrt oder (für den Pragmatisten) hinfällig wird. Diese Ambivalenz wird von Larmore (2000) sehr schön herausgearbeitet.

<sup>252</sup> Habermas (2001a: 35).

terwerfen; oder als Institution, das beim Publikum ein Rechtsverständnis wach hält. Die erste Deutung gelangt allerdings nicht über das Diskursprinzip hinaus und erläutert nur in unzureichender Weise, wie durch die Rechtsform die Grundrechte auf politische Autonomie von den Grundrechten der fünften Kategorie zu unterscheiden wären. Die zweite führt dazu, dass sich verschiedene Organisationen als Hüter epistemischer Souveränität anbieten: die Behörden mit ihrem akkumulierten Wissen,<sup>253</sup> die akademischen Einrichtungen des Wissenschaftssystems, das sich der Problematisierung von Wahrheitsansprüchen widmet,<sup>254</sup> oder Organisationen der Zivilgesellschaft und insbesondere Nichtregierungsorganisationen,<sup>255</sup> die den Vollzug des geltenden Rechts auf soziale, technische oder ökologische Unzulänglichkeiten hin durchleuchten. Drittens kann die epistemische Souveränität auf der Ebene der Institution angesiedelt werden, so dass die „jeweils bestehenden Verständigungsverhältnisse“<sup>256</sup> in den Vordergrund treten, die gerade in technischen Kontexten zu beachten sind, da Technologien Handlungs- und Verständigungsbedingungen materialisieren.<sup>257</sup>

Habermas' eigene Antwort, die ich im ersten Teil bereits einer Kritik unterzogen habe, macht die transzendentalpragmatische Sichtweise stark, wobei die Rechtsträger bei der demokratischen Genese des Rechts durch die freiwilligen Zusammenschlüsse in der Zivilgesellschaft vertreten werden. Habermas dringt in der Folge auf die Durchsetzung des prozeduralistischen Rechtsparadigmas, wobei unklar bleibt, inwiefern sich dann die Grundrechte der vierten und fünften Kategorie unterscheiden. Ich werde deshalb die Auseinandersetzung mit dieser Interpretation führen, die hauptsächlich das prozeduralistische Rechtsparadigma stark macht, um zu zeigen, dass diese Deutung nicht ausreicht und naturalisierte Gleichheiten rechtstheoretisch gebührend beachtet werden müssen.

### 2.1.3.3 Voraussetzungen idealer Sprechsituationen als unzureichende Rechtsform

Nach einem transzendentalpragmatischen Verständnis werden die Individuen des Publikums, dessen Zustimmung maßgeblich ist, nicht als Personen einer realen Öffentlichkeit vorgestellt, sondern sie werden durch die drei ausgeführten transzendentalpragmatischen Annahmen konstituiert: Sie beziehen sich auf eine

---

<sup>253</sup> Das ist in etwa die funktionalistische Deutung der Kompetenzen der Verwaltungen, gegen die sich Habermas (1992: 519-527) wendet.

<sup>254</sup> Eine solche Position vertritt etwa Weingart (2001: 67f.).

<sup>255</sup> Dies ist die Position von Habermas (1992: 449-451, 460f., 532f.).

<sup>256</sup> Habermas (2001a: 35).

<sup>257</sup> Dazu etwa Latour (2000: 211-264).

gemeinsame Welt, sie sind als selbstverantwortliche und zurechnungsfähige Akteure gleichermaßen autonom, und sie teilen die gleichen Bedingungen, Geltungsansprüche kommunikativ einzulösen. Kommunikation wird zum Diskurs, wenn die Kommunikationspartner sich allein von der „Überzeugungskraft des besseren Arguments“ leiten lassen und „rationale Akzeptabilität“ erzeugen.<sup>258</sup> Folglich ist Habermas zufolge eine Kommunikation nur dann ein Diskurs, wenn nicht Machtkalküle sondern Gründe die Verständigung und die allfällige Handlungskoordination bestimmen. Diese Bestimmung sagt aber nichts über die Rechtsform aus, in der die Bürgerrechte der fünften Kategorie zu gewähren sind. Die drei transzendentalpragmatischen Annahmen sind für eine substantielle Bestimmung der gesuchten Rechtsform zu formal. Sie münden zwar in die Voraussetzungen der idealen Sprechsituationen, die ermöglichen sollen, dass in Diskursen das Publikum zur entscheidenden Instanz wird:

Die vier wichtigsten Präsuppositionen sind: (a) Öffentlichkeit und Inklusion: niemand, der im Hinblick auf einen kontroversen Geltungsanspruch einen relevanten Beitrag leisten könnte, darf ausgeschlossen werden; (b) kommunikative Gleichberechtigung: allen wird die gleiche Chance gegeben, sich zur Sache zu äußern; (c) Ausschluss von Täuschungen und Illusion: die Teilnehmer müssen meinen was sie sagen; und (d) Zwanglosigkeit: die Kommunikation muss frei sein von Restriktionen, die verhindern, dass das bessere Argument zum Zuge kommt, und den Ausgang der Diskussion bestimmt.<sup>259</sup>

Von diesen vier Voraussetzungen ist hier die vierte Bedingung der Zwanglosigkeit von besonderem Interesse. Im Grunde formuliert diese Bedingung die zentrale Anforderung an legitimes Recht:<sup>260</sup> Recht ist nur dann legitim, wenn es allein auf argumentativen Zwang baut und andere Zwänge wie soziale Macht nicht zum Zuge kommen lässt. Diese Voraussetzung wird im Universalisierungsprinzip und im darauf aufbauenden Diskursprinzip nur präzisiert.<sup>261</sup>

Aber zwischen die Kraft des besseren Arguments und den Zwang sozial mächtiger Akteure schiebt sich die als zwingend erscheinende Notwendigkeit, die von kontingenten Naturalisierungen in den Kommunikationen ausgeht. Die weitere Ausgestaltung des Demokratieprinzips, das aus der Verschränkung des Diskursprinzips (das durch diese vier Voraussetzungen umschrieben wird) mit der Rechtsform entsteht, muss auch die Handlungs- und Verständigungszusammenhang berücksichtigen.

---

<sup>258</sup> Habermas (2001a: 44).

<sup>259</sup> Habermas (2001a: 45); vgl. auch die kanonische Fassung in Habermas (1984: 177-179).

<sup>260</sup> So etwa versteht Tugendhat (1992b: 311; 1993a: 169-171) diese vierte Bedingung als Formulierung demokratischer Gleichheit.

<sup>261</sup> Siehe etwa Habermas (1983: 103; 1992: 138).

Dann erweitert sich die Habermassche bipolare Spannung zwischen Faktizität und Geltung zum dreidimensionalen Bezugssystem: Ausgehend von der transzendentalpragmatisch begründeten Gleichheit muss die angemessene Organisationsform gesucht werden, die sich wiederum am allgemein verbreiteten Rechtsverständnis misst, das als Institution in Naturalisierungen verwurzelt ist.

Nach Habermas' eigener Einschätzung beziehen die Gründe ihre motivationale Kraft nicht unmittelbar aus objektiv gegebenen Tatsachen, sondern die Begründungen entfalten ihre „explosive Kraft *innerhalb* der jeweils bestehenden Verständigungsverhältnisse“<sup>262</sup>. Dann wird freilich entscheidend, wie sich diese andere Quelle der Kraft des besseren Arguments zu den angenommenen transzendentalpragmatischen Gleichheiten verhält. Sie kann entweder als Ursache der Verzerrung von Rationalität oder als weitere pragmatische Quelle von Rationalität angesehen werden.<sup>263</sup> Wenn daher das Diskursprinzip so rechtsförmig organisiert werden soll, dass die Grundrechte gemäss Habermas' fünfter Kategorie gewährleistet sind und epistemische Souveränität gesichert ist, dann ist entscheidend, wie mit den Bedingungen des Handlungs- und Verständigungszusammenhangs rechtstheoretisch verfahren wird.

Ich argumentiere dafür, diese zusätzliche Quelle nach Douglas als Naturalisierungen zu verstehen. Diese stellen Gleichheiten und kognitive Strukturen bereit, die dem überindividuellen Bezugspunkt einer gemeinsamen Welt die notwendige Substanz geben, damit Gründe überhaupt argumentativ greifen können. Es liegt daher nahe, die Gründe und die Kraft des besseren Arguments bloß formal auf eine gemeinsame, objektiv gegebene Welt zu beziehen. Substantiell müssen Gründe in einer gemeinsam geteilten, sozialen Welt verankert sein.<sup>264</sup> Gerade im Rahmen von epistemischen Diskursen ist dann nicht einfach die objektive Welt allein Thema. Für diese Diskurse sind Naturalisierungen unabdingbar, so dass auch die Diskurse im Rahmen der epistemischen Genese des Rechts nicht ohne Naturalisierungen auskommen können.

All dies spricht dafür, dass Naturalisierungen in der Diskurstheorie des Rechts ihren Platz erhalten, damit die Theorie nicht formal bleiben muss, sondern die Kategorien der Grundrechte in konkreten Kontexten auch tatsächlich entfaltet werden können. Da das Publikum die letzte Instanz sein soll, entsteht eine

---

<sup>262</sup> Habermas (2001a: 35).

<sup>263</sup> Vgl. dazu die aufschlussreichen Beiträge von Larmore (2000, 2001).

<sup>264</sup> Vergleichbar argumentiert auch Larmore (2000: 338; 2001: 111), der die bestehenden Überzeugungen als Bezugspunkt von Argumentationen betrachtet.

eigentümliche Spannung zwischen einem Publikum, das allein durch die transzendentalpragmatischen Gleichheiten konstituiert wird, und einem Publikum, das durch Naturalisierungen eine institutionalisierte Gestalt besitzt, über gute Gründe verfügt und unter diesen Voraussetzungen in Diskurse eintritt.

Gerade die Idee der Selbstgesetzgebung im Recht muss die gemeinsam konstituierte Welt Ernst nehmen. Denn das Recht ist die überindividuelle Erweiterung der individuellen Freiheit. Diese Unterstellung von Freiheit ermöglicht den Individuen erst, den Aufbau einer gemeinsamen Welt:

In dieser performativen Einstellung *zueinander* [d.h. aufgrund der wechselseitigen Unterstellung von Freiheit] machen sie vor dem Hintergrund einer intersubjektiv geteilten Lebenswelt zugleich kommunikative Erfahrungen *miteinander*.<sup>265</sup>

Die freie Gestaltung von Handlungsräumen führt dazu, dass sich neue Interaktionsmöglichkeiten eröffnen sowie bestehende sich verändern oder erweitern. Angesichts der Kommunikationsstruktur in der Öffentlichkeit, die einen sozialen Raum entfaltet,<sup>266</sup> ist die Welt der Akteure aus deren Binnenperspektive einerseits reichhaltiger gestützt auf „kommunikative Erfahrungen *miteinander*“ und andererseits durch die Grenzen der „intersubjektiv geteilten Lebenswelt“ in ihrem Horizont beschränkt, da der Horizont durch die Institutionen und deren Unterstellungen von Gleichheit enden, die die Handlungskoordinationen tragen. Gründe und Überzeugungen sind daher zunächst durch die Horizonte der Kommunikation in diesem sozialen Raum vorgegeben.

Die dreistellige Relation der Geltung von Aussagen wie auch die Entfaltung sozialer Räume durch autonomes kommunikatives Handeln sind meines Erachtens starke Argumente dafür, den Naturalisierungen in der Diskurstheorie des Rechts einen angemessenen Platz einzuräumen. Gleichwohl argumentiert Habermas auch in *Kommunikatives Handeln und detranszendentalisierte Vernunft* dafür, die Naturalisierungen des sozialen Raums diskursiv aufzulösen. Auch hier versteht er die soziale Welt als „Netzwerk“ aus Handlungserwartungen und „normativ geregelten Interaktionen“, da die soziale Welt durch performative Akte, also Handlungen, konstituiert werde, so dass nicht gegen Wirklichkeiten sondern allein gegen Handlungserwartungen verstoßen werde.<sup>267</sup> Die soziale Welt ist für Habermas nur aus der Perspektive eines von außen Beobachtenden etwas Gegebenes. Doch diese Perspektive ist nicht diejenige der Akteure selbst:

---

<sup>265</sup> Habermas (2001a: 31).

<sup>266</sup> Zur Entfaltung sozialer Räume in öffentlichen Kommunikationen siehe Habermas (1992: 436).



Aus der Sicht einer zweiten Person, an deren »guten Willen« sich normative Erwartungen richten, verwenden sie [d.h. die im Handeln engagierten Akteure] ein zur objektiven Welt komplementäres Bezugssystem. [...] So verstehen Angehörige ihre »soziale Welt« als das Ganze der möglichen legitim geregelten interpersonalen Beziehungen.<sup>268</sup>

Im Rahmen von Verständigungsprozessen und Handlungskoordinationen treten die Beziehungen zwischen den Akteuren in den Vordergrund. Gemäss Habermas richten sich die Kommunikationen auf „Handlungen und Normen als »etwas in der sozialen Welt«“. <sup>269</sup> Wenn immer im Rahmen lebensweltlicher Kommunikationen etwas in der sozialen Welt als gegeben unterstellt und somit naturalisiert wird, handelt es sich daher um Handlungen und Normen, die die objektive Welt komplementär als Ordnung möglicher legitim geregelter Beziehungen zwischen Personen ergänzen. Nach dieser Interpretation entpuppt sich alles, was in der Kommunikation als Naturalisierung und epistemische Unterstellung behandelt wird, im Diskurs als ein normativer Geltungsanspruch hinsichtlich einer Handlungserwartung.

Insgesamt umfasst diese Argumentation bezüglich der Naturalisierungen zwei Schritte: Der Perspektivenwechsel und die Verwurzelung der Argumentation zwischen den Bürgerinnen und Bürgern in die bestehende Verständigungsverhältnisse führt zunächst dazu, dass die Naturalisierungen in die Theorie hereingeholt werden. In einem zweiten Schritt werden diese aber wieder auf wechselseitige Handlungserwartungen angesichts einer objektiven Welt reduziert. Gewonnen wird auf diese Weise eine Konzeption der sozialen Welt, in der Naturalisierungen rational hintergebar sind – freilich zum Preis ihrer Auflösung und Übersetzung in Normen. Dies widerspricht aber der These, dass Naturalisierungen in Diskursen als Grundlage von Gründen notwendig sind und nur unter Zuhilfenahme weiterer Naturalisierungen, d.h. geteilten Überzeugungen, in Frage gestellt werden können.

Der Fehler, den Habermas in seiner Argumentation begeht, besteht meines Erachtens darin, dass er den Bezugspunkt der faktischen Voraussetzungen von Naturalisierungen – also von „»etwas in der sozialen Welt«“ <sup>270</sup> – über Handlungen allein auf Handlungserwartungen kurzschließt. Die Umstände des Handlungskontexts und die konkreten Situationsdeutungen mögen zwar, wie Habermas selbst annimmt, nur „in beiläufiger Weise“ <sup>271</sup> einbezogen werden, da die Verständigung und

<sup>267</sup> So argumentiert Habermas (2001a: 40).

<sup>268</sup> Habermas (2001a: 40). Vgl. auch Habermas (1991a: 142).

<sup>269</sup> Habermas (2001a: 39).

<sup>270</sup> Habermas (2001a: 39).

<sup>271</sup> Habermas (2001a: 39).

Koordination zwischen Personen erfolgt. Aber mit einer Handlungserwartung sind gleichwohl immer auch Wahrheitsansprüche verbunden. Wahrheitsansprüche können aus der Formulierung wechselseitig verbindlicher Handlungserwartung nur dann ausgeklammert werden, wenn aus der formalen Unterstellung einer gemeinsamen Welt entweder eine substantielle Behauptung bezüglich der objektiven Welt wird (etwa so wie sie der harmlose Realist gestützt auf die zweistellige Relation der Gültigkeit von Aussagen formulieren würde); oder aber, wenn die verbindliche Situationsdeutung für die Anwendung der Normen in die Hände anderer gelegt wird (dieses geschieht wiederum im Recht, wenn die Verwaltung die Typologien rechtserheblicher Sachverhalte in eigener Regie bzw. zusammen mit Sachverständigen entwickelt). Wenn die Wahrheitsansprüche im Handlungszusammenhang hingegen als dreistellige Relation verstanden werden, wie Habermas selbst vorschlägt, dann ist unklar, wie aus der diskursiven Rationalisierung der sozialen Welt die spezifische Wahrheitsorientierung der Adressaten ausgeschieden werden kann. Denn diese epistemische Erwartung enthält eine Orientierung auf Wahrheit und lässt sich nicht schlechterdings in Handlungserwartungen auflösen. Die Interaktion wird nicht allein durch interpersonale normative Erwartungen bestimmt, sondern bedarf ebenso kontextbedingter epistemischer Erwartungen, die sich allein aus der Binnenperspektive der Akteure erschließen.

Gegen meine Ansicht lässt sich wiederum einwenden, dass die Orientierung auf Wahrheit in der interpersonalen Interaktion nichts anderes ist als eine Handlungserwartung. Denn diese Orientierung auf Wahrheit ist schließlich damit verbunden, dass die Zustimmung gegenüber der Behauptung erwartet wird. Diese Zustimmung ist aber wieder eine Handlung, ebenso wie der Nachweis der behaupteten Tatsachen usw. Aus diesen Überlegungen wird Habermas' Argumentation zunächst einleuchtend, verliert sich aber bald einmal in einem Regress: Ein Norm zu befolgen oder allgemeiner einer Regel zu folgen, muss irgendwann einmal an ein Ende kommen, wo sich in Anlehnung an Wittgensteins Formulierung der Spaten an der Faktizität der Handlungsweise umbiegt.<sup>272</sup> Auf das spezifische Problem der Gestaltung der Rechtswirklichkeit angewendet, heißt das, dass sich die Grenze zwischen Rechtsnormen und Typologien rechtserheblicher Sachverhalte zwar verschie-

---

<sup>272</sup> Siehe §217 in Wittgenstein (1984: 350). Die Ontologie sozialer Tatsachen von Searle (1997) ist eine mögliche Präzisierung dazu, woran sich der Spaten umbiegt.

ben, nicht aber beseitigen lässt. Typologien sind für das Recht genauso notwendig wie die Orientierung an Wahrheit im Handeln.

Die Interaktion erfolgt nicht nur in „interpersonalen Beziehungen“<sup>273</sup> bei denen allein Personen ins Blickfeld geraten, sondern sie vollzieht sich in konkreten, mit Dingen bevölkerten und von gegebenen Umständen bestimmten Handlungszusammenhängen. Die Vergleichbarkeit der Dinge und Kontexte muss durch epistemische Annahmen von Gleichheit ermöglicht werden. Die erforderlichen kognitiven Strukturen werden durch Naturalisierungen an Klassifikationen von Dingen gebunden. Die transzendentalpragmatische Gleichheit kommunizierender Personen bezieht sich nicht auf die Dinge. Sie bezieht sich auf Personen schlechthin, und bezieht Dinge nur insofern ein, als Wahrheitsansprüche diskursiv geltend gemacht oder eingelöst werden sollen. Den Bezug auf die Dinge führt Habermas mit dem Hinweis auf die „jeweils bestehenden Verständigungsverhältnisse“<sup>274</sup> zwar zunächst ein, um diese sogleich wieder diskursiv auszuklammern. Doch da namentlich epistemische Naturalisierungen nicht einfach in Handlungserwartungen aufgelöst werden können, lässt sich der Diskurs nicht vollständig von diesen befreien; gerade dann nicht, wenn die diskursive Verständigung aus der Binnenperspektive gegebener sozialer Räume geführt wird. Aus der Beobachterperspektive ist die Gleichheit der Personen dagegen ebenso transzendentalpragmatisch wie formal, während die Gleichheit der Dinge inhaltlich gefüllt aber eben auch kontingent erscheint. Wenn daher die Bürgerinnen und Bürger die Genese der Typologien rechtserheblicher Sachverhalte für den Vollzug nicht aus der Binnenperspektive nachvollziehen können, sondern allein aus der Beobachterperspektive zu Kenntnis nehmen, kann die von Habermas beklagte Kontingenz der Maßstäbe der Rechtsanwendung nicht überwunden werden.<sup>275</sup>

Die transzendentalpragmatische Gleichheit und das prozeduralistische Rechtsparadigma alleine können für die vierte und fünfte Kategorie der Grundrechte keine je angemessene Rechtsform differenzieren. Diese Grundlagen genügen nicht, wenn das Recht aus der Binnenperspektive der Akteure heraus entfaltet werden soll. Die Rechtsform ist mit den Typen von Gründen verschränkt, die eingebracht werden können, wenn der jeweilige Anspruch geltend gemacht wird. Habermas' sprachphilosophische Unterscheidung von Sorten von Gründen hilft hier nicht weiter.<sup>276</sup> Die Unterscheidung ist nicht sprachphilosophischer Art, sondern wird durch die Bezug-

<sup>273</sup> Habermas (2001a: 40).

<sup>274</sup> Habermas (2001a: 35).

<sup>275</sup> Zur Kontingenz dieser Maßstäbe siehe Habermas (1992: 518).

nahme auf die bestehenden Institutionen bestimmt: In der demokratischen Genese des Rechts bringen die Bürgerinnen und Bürger ihre Interessen an verbindlich geregelten Handlungserwartungen vor, die in Institutionen angelegt sind. In der epistemischen Genese des Rechts werden institutionelle Vorstellungen der Gleichheit als Überzeugungen eingebracht, wie die Rechtsanwendung angemessen zu erfolgen hat. Dann bedarf es auch der substantiellen epistemischen Annahmen naturalisierter Gleichheit. Diese gelten allerdings nicht in transzendentalpragmatischer Weise für alle Handlungskontexte, sondern sind immer beschränkt durch die Grenzen eines sozialen Raums bzw. aufgrund des Geltungsbereichs einer Institution, wie sie Douglas beschreibt. Die Gewährung transzendentalpragmatischer Gleichheit beschreibt daher eine notwendige Bedingung für die Legitimität des Rechts. Dagegen ist bezüglich der substantiellen epistemischen Annahmen naturalisierter Gleichheit keine spezifische Naturalisierung notwendig, aber ein reflektiertes, historisch kontingentes Gefüge von Naturalisierungen bleibt nichtsdestotrotz jeweils notwendig. Demokratische und naturalisierte Gleichheit ergänzen sich auch dahingehend, wie sie Menschen und Dinge miteinander verschränken. Kraft der Analogien zwischen Menschen und Natur, auf die sich Institutionen gemäss Douglas stützen und die kognitive Strukturen erzeugen, überschreiten die naturalisierten Gleichheiten die Begrenztheit der transzendentalpragmatischen Gleichheit, die bloß interpersonal und formal gilt. Denn damit die Argumente im Diskurs tatsächlich greifen können, reicht die erste, bloß formale Annahme einer gegebenen Welt als gemeinsamer Bezugspunkt nicht aus.

#### 2.1.4 *Rechtssoziologische Macht oder rechtstheoretische Ohnmacht?*

Gestützt auf Diskurs- und Demokratieprinzip führt Habermas eine spezifische Kategorie von Grundrechten ein, die nach meiner Auslegung die Teilhabe der Bürgerinnen und Bürger an der epistemischen Genese des Rechts gewährleisten soll. Doch die Anmerkungen zur Entfaltung dieser Rechte im letzten Kapitel von *Faktizität und Geltung* lassen Zweifel aufkommen, ob es sich hier gemäss Habermas tatsächlich um eine eigenständige Kategorie von Bürgerrechten handelt. Zumindest versuche ich, diese Kategorie in einer Weise stark zu machen, dass sie zur Grundlage von epistemischer Souveränität wird, während Habermas diese Kategorie wiederholt so

deutet, dass sie unter die demokratische Genese des Rechts, die im Gesetzgebungsprozess rechtsförmig organisiert ist, subsumiert werden kann.

Die Krise des Rechtsstaats scheint Habermas zuweilen so zu verstehen, dass die illegitime Machtentfaltung gestützt auf die bereits bestehenden Rechte im Rahmen der Gesetzgebung wirksamer eingedämmt werden sollte.<sup>277</sup> Dann handelt es sich um ein rechtssoziologisches Problem, da Macht mit Recht entgegenwirkt werden soll. Dagegen habe ich versucht, die rechtstheoretischen Implikationen der diagnostizierten Krise des Rechtsstaats zu verdeutlichen. Ich interpretiere die Krise als rechtstheoretische Ohnmacht der Verwaltung, ihre Entscheide angemessen im Hinblick auf ein verbreitetes Rechtsverständnis zu legitimieren. Mit der fünften Kategorie der Grundrechte wird eine rechtstheoretische Grundlage in der Demokratietheorie geschaffen, um diese Ohnmacht zu überwinden. Diese Deutung ist allerdings auch bei Habermas nicht ausgeschlossen, der im Schlusskapitel von *Faktizität und Geltung* meines Erachtens zu vage bleibt. So bleibt unklar, inwieweit tatsächlich ein eigenständiger Typus von Rechten neben den politischen Rechten in der Gesetzgebung konstituiert werden soll. Diese Unbestimmtheit beruht darauf, dass Habermas im Rahmen der zweidimensional gedachten Spannung zwischen Faktizität und Geltung schlicht nicht den nötigen theoretischen Raum entwickelt, um Probleme der Organisation des Rechts von Problemen der Institution des Rechts zu unterscheiden. Denn erst diese Differenzierung ermöglicht es, Naturalisierungen in das Theoriegebäude einzufügen. Habermas' Rede von der „rechtsförmigen Institutionalisierung“<sup>278</sup> verschleiert diese entscheidende Differenz. Deshalb scheint die

---

form vor allem Habermas' Ausführungen zur Gewaltenteilung (Habermas, 1992: 208-237).

<sup>277</sup> Beispielsweise weist Habermas (1992: 533) auf direktdemokratische Verfahren wie „Volksabstimmung, Volksbegehren usw.“ oder auf basisdemokratische Regelungen „bei Kandidatenaufstellung, innerparteilicher Willensbildung usw.“ hin. Diese Verfahren betreffen aber eher die Rechtsformen der Gesetzgebung und die Ausgestaltung der politischen Autonomie. Dagegen spricht Habermas (1992: 530) von der „Institutionalisierung einer Rechtsöffentlichkeit“ als Ergänzung der Anwendungsdiskurse der Behörden mit Begründungsdiskursen, so dass „Rechtfertigungszwänge vor einem erweiterten justizkritischen Forum abgegolten werden“ müssen. Diese Formulierungen bleiben allerdings zu vage, wie ich schon im ersten Teil kritisiert habe, um eindeutige Kriterien für die angemessene Rechtsform epistemischer Souveränität zu bezeichnen.

<sup>278</sup> Habermas (1992 : 154). Siehe zum Status von Institutionen im Verhältnis zum Demokratieprinzip in *Faktizität und Geltung* die Erläuterungen von Gimmmler (1998: 201-230), die die diskurstheoretische Umdeutung der Institution insbesondere in prägnanter Weise festhält: „Das Demokratieprinzip stellt ein Institutionalisierungsprinzip dar. Es gibt die Verfahren für die Institutionalisierung politischer Macht und rechtlicher Normen an. Das Demokratieprinzip legt als solches keine inhaltlichen Normen fest, sondern bestimmt nur die Verfahren legitimer Rechtssetzung.“ (Gimmmler, 1998: 211). Diese Deutung verkürzt die notwendige Institutionalisierung der Grundrechte, die Habermas (1992 155-157) aus dem Demokratieprinzip entwickelt auf die vierte Kategorie der Rechtssetzung.

legitime Genese des Rechts mit den rechtsförmigen Gesetzgebungsprozessen verwirklicht. Doch die Genese spricht das Rechtsverständnis und die Institution an, während der Gesetzgebungsprozess die Organisationsform bezeichnet. Wenn eine Interpretation der Argumente Habermas' zum Schluss kommt, dass die demokratischen Prozesse genügen, dann beruht sie auf einer mangelhaften rechtstheoretischen Differenzierung zwischen Recht als Organisation und Recht als Institution.

Ich möchte daher Habermas' Argumentation rekapitulieren und ergänzen: Habermas arbeitet mit der Spannung zwischen den rechtstheoretischen Bedingungen der Geltung und den rechtssoziologischen Voraussetzungen, die im Recht eine unvermeidliche Faktizität erzeugen. Dieser Zwiespalt zeigte sich insbesondere am Konflikt zwischen Legitimität und Effizienz bei den Entscheiden der Verwaltung. Gestützt auf die transzendentalpragmatische Gleichheit, die sich im Recht als Forderung nach demokratischer Gleichheit äußert, genießt der demokratische Entscheid Vorrang gegenüber den kontingenten Maßstäben, mit denen die Verwaltungen Recht anwenden. Deren sekundäre Naturwüchsigkeiten sind gegenüber dem Publikum begründungsbedürftig. Bis hierhin erscheint das Problem allein rechtssoziologischer Natur, da die notwendigen Rechtsmittel ja verfügbar sind. Die Schwierigkeiten entstehen nun aber mit der Begründung der naturalisierten Gleichheiten, die die Typologien rechtserheblicher Sachverhalte kognitiv strukturieren. Solange bestimmte Naturalisierungen in einer Gesellschaft dominant sind und kaum hinterfragt werden können, kann das Recht auf die geltenden Ordnungen zurückgreifen, ohne zu begründen, warum diese Ordnung mit ihrer kognitiven Struktur und den darauf bauenden Typologien auch gültig sein soll. Die kognitiven Strukturen, die das Recht organisieren, entsprechen denjenigen, die für das allgemeine Rechtsverständnis, d.h. für das Recht als Institution, gelten.

Sobald die kognitiven Strukturen nicht mehr eindeutig sind, wird die Entscheidung für die eine oder die andere Ordnung zu einem rechtstheoretischen Problem, das mit den Grundrechten der fünften Kategorie behoben werden soll. Aus der obigen Diskussion des Verhältnisses zwischen transzendentalpragmatisch begründeter demokratischer Gleichheit und kontingenter, naturalisierter Gleichheit wird ersichtlich, dass, was als rechtserhebliche Eigenschaft gelten soll,<sup>279</sup> nun nicht mehr ein erkenntnistheoretisches Problem bleibt, das sich der zweistelligen Relation zwischen

---

<sup>279</sup> Vgl. beispielsweise die Festlegung der „wahren Beschaffenheit“ gentechnisch veränderter Lebensmittel, die für deren Kennzeichnung rechtserheblich ist.

Aussage und Tatsache widmet, sondern zum Problem wird, wie die dreistellige Relation aus Aussage, Tatsache und Publikum in einer angemessenen Rechtsform umgesetzt werden kann. Pragmatische Entscheidungen müssen sich dann nicht allein an der objektiven Welt bestätigen, sondern sie müssen sich auch gegenüber dem Publikum beweisen.

Dieser Übergang von der zweistelligen zur dreistelligen Relation hat weit reichende rechtstheoretische Konsequenzen. Die Faktizität des Rechts verdankt sich nicht einfach der zuweilen Irrtümern unterworfenen, pragmatischen Umsetzung. Unter diesen Umständen wären Effizienzerwägungen oder die Festlegung von Typologien allein ein rechtssoziologisches Phänomen. Aber die Typologien werden nicht bloß pragmatisch festgelegt, sondern sie werden gewählt, und die Wahl hat normative Folgen für die Ausgestaltung der Rechtswirklichkeit, die jenseits unvermeidlicher Fehler im Vollzug von Rechtsnormen angesiedelt sind. Habermas scheint die Ansicht zu vertreten, dass solche Entscheidungen im Sinn des prozeduralistischen Rechtsparadigmas an die organisierte Öffentlichkeit zurückgespielt werden soll. Mein Bedenken hierzu lautet, dass der rechtsförmig gestaltete Druck der von der Öffentlichkeit auf das Recht ausgeht, nicht genügt, wenn er sich allein über Gesetzgebungsverfahren in der Normenbegründung entfalten kann, da sich die Legitimationsprobleme der Verwaltung aus den Anforderungen der Rechtsanwendung ergeben. Der Einbezug eines Publikums sollte getreu der dreistelligen Relation auch bei der Rechtsanwendung ermöglicht werden. Doch nach welchen Kriterien dieser Einbezug gestaltet werden sollte, ist vorerst unklar. Habermas' Verweis auf die Zivilgesellschaft scheint nahe zu legen, dass es sich nicht bloß beide Male um dasselbe Publikum handelt, sondern Habermas vertritt die Ansicht, dass die Art und Weise, wie dieses einbezogen werden soll, im Grunde gleich bleibt. Er unterscheidet hierbei meines Erachtens ungenügend zwischen Recht als Organisation und Recht als Institution. Recht als Institution beschränkt sich nicht allein auf Moral und Sittlichkeit, sondern umfasst ein breit angelegtes Rechtsverständnis und alltägliches Wissen um rechtmäßiges Handeln, das ermöglicht, Recht sozial zu integrieren.<sup>280</sup> Dieses Wissen muss organisiert werden, damit es vom Recht aufgenommen und verarbeitet werden kann.

Im dreidimensionalen Bezugssystem aus Diskurs, Organisation und Institution lässt sich die beklagte illegitime Machtentfaltung nicht einfach mit den Rechten der

---

<sup>280</sup> Zur Angleichung von Recht als Institution an die Moral siehe Gimmler (1998: 207-214).

politischen Autonomie bekämpfen. Eine andere Deutung muss gefunden werden, die nicht auf eine rechtssoziologischen Ebene stehen bleibt, sondern rechtstheoretisch ausreichend differenziert ist. Dies lässt sich an einer alternativen Interpretation von Habermas' Kapitel zu den Paradigmen des Rechts in *Faktizität und Geltung* erläutern: Habermas erkennt in den sekundären Naturwüchsigkeiten der Verwaltungen die Ursache, die zur Krise führt, und empfiehlt diese normativ aufzulösen. Normativ muss nun allerdings nicht gleich bedeuten: mit den Mittel der Gesetzgebung. Die fünfte Kategorie der Grundrechte, die nach meiner Ansicht epistemische Souveränität begründet, eröffnet alternative Rechtsformen, mit denen sekundäre Naturwüchsigkeiten im Rechtsstaat normativ behandelt werden können. So verlangt Habermas die „erweiterte Partizipation der Bürger“ in einer Weise, in der „die politische Öffentlichkeit nicht nur als Vorhof des parlamentarischen Komplexes vorgestellt, sondern als die impulsgebende Peripherie, die das politische Zentrum *einschließt*“, begriffen wird.<sup>281</sup> In dieser Anregung werden die zwei Achsen der Organisation und der Institution angedeutet, aber noch zuwenig deutlich unterschieden: Die Rede vom parlamentarischen Komplex bezieht sich auf die rechtsförmige Organisation, die die politische Öffentlichkeit aus den Prozessen in den Parlamenten organisatorisch ausgrenzt; denn nicht die Öffentlichkeit verhandelt in den Parlamenten sondern deren Repräsentanten. Dagegen ist die Peripherie impulsgebend, wenn der Gedanke des Rechts als Institution in den Vordergrund tritt. Diese Differenzierung gilt für eine aufmerksame Öffentlichkeit gegenüber der Gesetzgebung.

Der Druck, den die Öffentlichkeit auf den parlamentarischen Komplex ausüben kann, hängt entscheidend davon ab, nach welchen Kriterien die Gesetzgebung beurteilt wird und wie Missachtungen in rechtsstaatlichen Verfahren geltend gemacht werden können. Das heißt, dass Recht als Institution bestimmt, welche Verletzungen von Verfahrensregeln als stoßend gelten und beanstandet werden können, und das Recht als Organisation legt fest, wie diese Kritik rechtsförmig eingebracht werden kann. Falls nun die Normenanwendung anderen Kriterien als die Normenbegründung in der Gesetzgebung genügen muss, dann muss dies in den rechtsförmigen Verfahren berücksichtigt werden, mit denen Verstöße geltend gemacht und Kritik gegenüber den Verwaltungen eingebracht werden kann.

---

<sup>281</sup>

Habermas (1992: 533).



#### 2.1.4.1 Gleichheit in Normenbegründung und Normenanwendung

In der Rechtstheorie wird zwischen der Normenbegründung durch den Gesetzgeber und der Normenanwendung durch die Regierung und die Rechtssprechung unterschieden.<sup>282</sup> Bei der Normenbegründung gilt die Berücksichtigung und Zustimmung aller als Kriterium einer legitimen Norm, die durch demokratische Prozesse gewährleistet werden soll. Dagegen gilt für die Normenanwendung gemäss Klaus Günther das Kriterium der vollständigen Situationsbeschreibung, d.h. die Berücksichtigung aller im Lichte der Norm relevanten Sachverhalte, sowie eine kohärente Berücksichtigung der übrigen für den konkreten Fall anwendbaren Normen.<sup>283</sup>

Mit dieser Differenzierung werden Typen von Gründen unterschieden, die je nachdem, ob eine Norm begründet oder angewendet werden soll, stärkeres Gewicht erhalten. Diese Typen werden aber nicht an formalen Weltbezügen festgemacht, sondern ergeben sich aus den Bedingungen organisierter Verständigung über Recht oder Moral im Kontext von Lebensformen. Um die Unterscheidung von Kriterien für die Normenbegründung und die Normenanwendung zu begründen, schlägt Günther Differenzierungen für das Universalisierungsprinzip ‚U‘ der Diskurstheorie vor. Dieses stellt für Habermas die theoretische Verbindung zwischen den Bedingungen der idealen Sprechsituation mit dem Diskursprinzip sicher.<sup>284</sup> Günther unterscheidet zu diesem Zweck drei verschiedene Bedeutungen der Unparteilichkeit: die semantische des Wortgebrauchs und des Wissens um die Folgen der Normbefolgung (d.h. die Wortbedeutungen sollen gleich bleiben), die universell-reziproke der Interessensberücksichtigung (d.h. Interessen werden gleich berücksichtigt), sowie die applikative Unparteilichkeit in der Normenanwendung (d.h. in der Rechtsanwendung soll die Rechtsgleichheit gewahrt bleiben).<sup>285</sup> Diese drei Aspekte der Unparteilichkeit beziehen sich auf unterschiedliche Arten von Gleichheiten, die ich zuvor auseinandergesetzt habe: die semantische betrifft Sprache als Institution, die unterschiedslose Interessenberücksichtigung beruht auf der transzendentalpragmatischen Gleichheit, und die Forderung nach vergleichbarer

---

<sup>282</sup> Die Unterscheidung zwischen Normenbegründung und Normenanwendung betrifft zunächst alle Praktiken die durch Normen geregelt werden. Zu den spezifischen Anforderungen an die Normenanwendung im Vergleich zur Normenbegründung insbesondere im Recht siehe: Dworkin (1984: 144-221); Günther (1988: insbesondere 45-59 sowie 299-307); Habermas (1991a: insbesondere 137-142); Habermas (1992: 258-291); sowie Alexy (1995: 52-70).

<sup>283</sup> Dazu Günther (1988: 287-307).

<sup>284</sup> Siehe dazu insbesondere die Argumentation in Habermas (1983: 103) oder Habermas (1992: 138).

<sup>285</sup> Dazu Günther (1988: 45-50).

Rechtsanwendung hat die geregelte Organisation der Unparteilichkeit zum Gegenstand. Günthers Differenzierung fügt sich also in das dreidimensionale Bezugssystem ein, das ich dem Recht zu Grunde lege.

Die Normierung von Lebensformen ist unter realen Bedingungen mit einem Wissens- und Zeitindex versehen.<sup>286</sup> Günther versucht zu zeigen, dass unter realen Bedingungen unmöglich allen drei Aspekten der Unparteilichkeit auf einmal Genüge getan werden kann. Er macht deutlich, dass aufgrund derart starker Voraussetzungen Unparteilichkeit nicht umfassend realisierbar ist. Dagegen kann Unparteilichkeit dann gewährleistet werden, wenn deren Aspekte durch eine Aufteilung der Kriterien und rechtsförmigen Verfahren Rechnung getragen wird. Wie sich zeigen wird, unterstellen die starken Varianten allwissende Akteure, die die Folgen ihrer Handlungen und Normen vorhersehen können: Sie kennen die kausalen Zusammenhänge wie auch die sozialen Folgen ihres Handelns. Nun besitzen aber Menschen eine solche Allwissenheit nicht, und soziale Tatsachen bringen historisch kontingente Zusammenhänge hervor, die sich kaum vorhersehen lassen.<sup>287</sup> Der Ausweg besteht darin, die relevanten Zusammenhänge und das erforderliche Wissen durch Naturalisierungen der kognitiven Strukturen in Form von Institutionen zu verfestigen. Dann werden die Zusammenhänge und Folgen auch für ein kontextgebundenes Verstehen wieder fassbar.

In seiner Argumentation vergleicht Günther die Implikationen von starken und schwachen Interpretationen der Unparteilichkeit. Er grenzt zunächst zwei Interpretationen des Universalisierungsprinzips ‚U‘ gegeneinander ab. In der starken Fassung sollen die drei Ansprüche an die Unparteilichkeit gleichermaßen erfüllt sein. Diese starke Fassung von ‚U‘ lautet:

Eine Norm ist gültig und in jedem Fall angemessen, wenn die Folgen und Nebenwirkungen einer allgemeinen Normbefolgung in jeder besonderen Situation für die Interessen eines jeden einzelnen von allen akzeptiert werden können.<sup>288</sup>

Diese Fassung verlangt ein Urteil, dass von einer umfassenden Prognose bezüglich der Folgen und Nebenwirkungen abhängig ist. Dann fällt die Begründung von Normen mit der Rechtfertigung deren angemessenen Anwendung zusammen. Diese starke Fassung schließt aber das Urteil über die Gültigkeit der Norm mit der Beur-

---

<sup>286</sup> Siehe Günther (1988: 52-54).

<sup>287</sup> Dies ist der Dreh- und Angelpunkt, an dem die Wissenssoziologie und Wissenschaftsforschung mit der Rechtstheorie verknüpft ist. Siehe dazu etwa die Untersuchungen in Jasanoff (1990).

<sup>288</sup> Günther (1988: 50).

teilung der angemessenen Normenanwendung zusammen, was eine umfassende Voraussicht impliziert. Diese Voraussetzung ist offensichtlich unrealistisch.<sup>289</sup>

Wenn dagegen unter realistischen Bedingungen die drei Ansprüche an die Unparteilichkeit auf verschiedene Verfahren verteilt werden, dann genügt durchaus eine schwache Fassung von ‚U‘:

Eine Norm ist gültig, wenn die Folgen und Nebenwirkungen einer allgemeinen Normbefolgung unter gleichbleibenden Umständen für die Interessen eines jeden einzelnen von allen akzeptiert werden können.<sup>290</sup>

Der Hinweis auf die gleichbleibenden Umstände soll verdeutlichen, dass diese immer nur innerhalb des beschränkten Wissenshorizontes der am Diskurs Teilnehmenden beurteilt werden können. Diesen Horizont fasst Günther mit der Klausel „unter gleichbleibenden Umständen“, womit nicht bloß die Akkumulation von Tatsachenwissen gemeint sein kann, sondern die Annahmen angesprochen werden, unter denen bestimmte Umstände glaubhaft als gleichbleibend behauptet werden können. Die schwache Fassung von ‚U‘ macht folglich praktische Diskurse an vorgegebenen epistemischen Annahmen fest, die im geteilten sozialen Handlungsraum als selbstverständlich gelten können.

Die Annahme gleichbleibender Umstände unterstellt einen kohärenten Zusammenhang zwischen den Normenanwendungen. In der „Kohärenz der Norm mit allen anderen in der Situation anwendbaren Normen und Bedeutungen“<sup>291</sup> erkennt Günther das formale Kriterium für die Normenanwendung. Dieses Kohärenzkriterium verbindet zwei Hinsichten der Kohärenz miteinander: die logische Konsistenz des Systems geltender Normen und die pragmatische Kohärenz der Situationen und deren Deutungen. Die Kohärenz des Rechts entscheidet sich infolgedessen in den tatsächlichen Anwendungen. Die Rechtswirklichkeit und nicht die bloß formale Struktur der Normen ist dann maßgeblich für die Kohärenz. Dieses Kriterium vereinigt die normativen Forderungen, die über die anwendbaren Normen in die Situation hineinragen, mit den epistemischen Annahmen, die in der Situationsbeschreibung die relevanten Zusammenhänge herausgreifen.

Auch bei der Erläuterung der Bedingung der Kohärenz in der Normenanwendung geht Günther zuerst von einer starken Interpretation aus, um deren unhaltbare Konsequenzen aufzuzeigen, und schlägt dann eine schwache, realisierbare Alternative

---

<sup>289</sup> So Günther (1988: 51).

<sup>290</sup> Günther (1988: 53).

<sup>291</sup> Günther (1988: 303f.). Diese Kohärenzforderung ist Günthers Antwort auf mögliche Normenkollisionen, die sich erst in einem konkreten Anwendungsfall ergeben, wo Bedeutungsvarianten und kollidierende Normen aufeinander treffen. Vgl. Günther (1988: 300).

vor. Die richtungweisende Frage zielt darauf, was im Anwendungsfall überblickt werden kann. Angesichts des Pluralismus relevanter Ordnungen in der Rechtsanwendung hat der Vollzug die Rechtsnormen nicht einfach in einer objektiv gegebenen Welt pragmatisch umzusetzen. Um die rechtstheoretische Schwierigkeit zu verdeutlichen, formuliert Günther zunächst ein erstes starkes Kohärenzkriterium ausgehend von der formalen Kohärenzforderung:

(1) Eine Norm  $N_x$  ist angemessen in der Situation  $S_x$ , wenn sie mit allen anderen in  $S_x$  anwendbaren Bedeutungsvarianten  $N_{Bn}$  und allen Normen  $N_n$  vereinbar ist und wenn die Gültigkeit jeder einzelnen Bedeutungsvariante und jeder einzelnen Norm in einem Begründungsdiskurs gerechtfertigt werden könnte.<sup>292</sup>

Nach dieser starken Formulierung fallen Normenanwendung und Normenbegründung ineins: Die angemessene Normenanwendung soll in einer Weise erfolgen, bei der alle denkbaren Situationsdeutungen und Normen einbezogen werden. Erstens sollen alle Bedeutungsvarianten überblickt werden, die möglicherweise eine adäquate Beschreibung der Situation erlauben. Zweitens sollen alle denkbaren Normen berücksichtigt werden; denn es soll diejenige Norm angewendet werden, die von allen Normen in der Situation die angemessenste ist. Mit dieser Bedingung droht die Rechtfertigung der Anwendung über die konkrete Situation hinaus unendlich auszufernen, da im Prinzip alle denkbaren Bedeutungen und Normen durchgespielt werden müssten. Der Umfang der denkbaren Normen und Normenanwendungen wird grenzenlos, und das Kriterium ist daher nicht anwendbar.

Das starke Kohärenzkriterium mag den Eindruck einer Person wiedergeben, die aufgrund ihres Rechtsverständnisses bezüglich der angemessenen Normenanwendung zu urteilen hat und dabei auch ihr bisheriges Normensystem reflektiert.<sup>293</sup> Doch dann verbleibt die Analyse bei der Perspektive der Institution. Recht als Institution stellt kein kohärentes und reflektiertes Rechtsverständnis dar, sondern drückt sich im je subjektiven Empfinden darüber aus, was in der Situation rechtmäßig zu tun sei. Im Zweifelsfall werden unter diesen Umständen sowohl die Normen als auch die Situationsdeutungen gleichermaßen in Frage gestellt. Eine solche Darlegung stellt sich jedoch nicht den Problemen, die sich speziell aus der überindividuellen

---

<sup>292</sup> Günther (1988: 304).

<sup>293</sup> In diesem Sinn meint Alexy (1995: 61f.), dass eine „neue Situationsinterpretation“ immer auch die Geltung der Normen betrifft, weshalb die umgedeuteten Normen begründungspflichtig werden.

Organisation des Rechtsverständnisses ergeben, die für das Recht als Organisation zu berücksichtigen sind.<sup>294</sup>

In der starken Fassung des Kohärenzkriteriums erblickt Günther bloß eine Variante der starken Fassung von ‚U‘, da ohne genauere Umschreibung des Begründungsdiskurses, unterstellt werden müsste, dass die begründbaren Normen zu jeder Zeit einsichtig wären. Denn das starke Kriterium unterstellt eine „unendliche normative Einbildungskraft [...], die es uns ermöglichte, jede virtuell universalisierbare und auf die jeweilige Situation anwendbare Norm zu antizipieren.“<sup>295</sup> Günther folgert daraus, dass das starke Kriterium keine stimmige Formulierung der Bedingungen der Normenanwendung ist, sondern „die Utopie der vollständigen Adäquanz zwischen Situation und Norm“ voraussetzt.<sup>296</sup> Diese Utopie, so muss präzisiert werden, ist keineswegs ein unerreichbares Ideal, sondern stellt eine Verzerrung der intersubjektiven Bedingungen wechselseitig begründeter Handlungserwartungen dar. Eine solche Einbildungskraft zu unterstellen, bedeutet nämlich, dass das Postulat eines derart internalisierten kognitiven Vermögens an die Stelle eines rechtsförmig organisierten Verfahrens gesetzt wird. Die Internalisierung der Entscheidung in individualisierte Subjekte macht aber den Entscheidungsprozess gegenüber wechselseitiger Kritik unempfindlich. Das starke Kriterium erläutert daher nicht die Bedingungen, unter denen eine Normenanwendung als Resultat wechselseitiger Begründungen rational gelten könnte; sie unterstellt lediglich das Vermögen zu rationaler Normenanwendung.

Gegen die unrealistischen Voraussetzungen, die mit dem starken Kriterium verbunden sind, spricht vor allem die Dynamik sozialer Räume. Der beschränkte Horizont in den Diskursen, der durch den Zeit- und Wissensindex umschrieben wird, führt Günther gerade zur Unterscheidung zwischen Begründungsdiskursen, in denen die Interessen bekannt sind, aber nicht alle Situationen vorhersehbar sind, und Anwendungsdiskursen, bei denen die Situation bekannt ist, aber nicht alle Interessen abgewogen werden können.<sup>297</sup> Nach Günther soll die Anwendung von Normen an Lebensformen festgemacht werden, die sich in Kommunikations- und Handlungszusammenhängen entfalten und notwendig einen historischen Horizont besitzen. Da die als begründbar geltenden Normen im Horizont einer bestimmten Lebensform

---

<sup>294</sup> Dies ist der Mangel an den Einwänden von Alexy (1995: 52-70) gegen eine Konzeption in der Art von Günther.

<sup>295</sup> Günther (1988: 304).

<sup>296</sup> Günther (1988: 304).

<sup>297</sup> Günther (1988: 52-59).

beurteilt werden sollen, formuliert Günther sein zweites abgeschwächtes Kohärenz-kriterium:

(2) Eine Norm  $N_x$  ist angemessen anwendbar [in der Situation]  $S_x$ , wenn sie mit allen anderen in  $S_x$  anwendbaren Normen  $N_i$  vereinbar ist, die zu einer Lebensform  $L_x$  gehören und in einem Begründungsdiskurs gerechtfertigt werden können. (Entsprechendes gilt für alle Bedeutungsvarianten.)<sup>298</sup>

Während die zu berücksichtigenden Fälle in der ersten starken Variante drohten, sich grenzenlos auszuweiten, wird hier der Kontext der maßgeblichen Gründe durch die Lebensform bestimmt. Bei der Beurteilung der konkreten Situation wird daher auf die tatsächlich anwendbaren Normen und angebrachten Situationsdeutungen im Lichte eines gegebenen Rechtsverständnisses abgestellt. Die angemessene Anwendung einer Norm wird in dieser Weise an Lebensformen und soziale Räume gebunden. Die Klausel, welche einen Begründungsdiskurs für die geltenden Normen verlangt, betrifft moralische Normen. Das Recht ist dagegen prinzipiell so organisiert, dass die Normenbegründung der Normenanwendung vorausgeht, so dass nur geltende Normen in Frage kommen. Das abgeschwächte Kohärenzkriterium sorgt dafür, dass die Lebensform nicht auf formale Weltbezüge reduziert werden muss, um Kohärenz zu gewährleisten. Da dies für den Bezug auf die objektive Welt in demselben Maße wie für die soziale Welt gilt, fußen die Kriterien der angemessenen Normenanwendung auch epistemisch auf Lebensformen. Diese und soziale Räume müssen nicht zunächst rationalisiert werden, um überhaupt Geltung beanspruchen zu können, sondern sie gelten aufgrund der in Naturalisierungen verwurzelten Überzeugungen.

Die rechtstheoretischen Kriterien Günthers, denen die epistemische Souveränität gerecht werden sollte, führen die rechtstheoretische Bedeutung von Naturalisierungen vor: Die maßgeblichen Gründe, die bei der Normenanwendung geltend gemacht werden sind in der Lebensform durch Naturalisierungen stabilisierte Überzeugungen. In der Normenbegründung sind die maßgeblichen Gründe hingegen die Interessen. Dabei muss freilich die Annahme, dass die Umstände gleich bleiben, für alle gleichermaßen plausibel sein, und insofern findet bei der Normenbegründung immer ein typisierender Vorgriff auf Anwendungsfälle statt, so dass bei kontroversen Ansichten diese Erörterung pragmatischer Rahmenbedingungen zunächst hinreichend geklärt werden muss.

---

<sup>298</sup>

Günther (1988: 304f.).

#### 2.1.4.2 Epistemische Souveränität und Qualifikation rechtserheblicher Sachverhalte

Die von Günther vorgeschlagenen, organisierbaren Kriterien der Normenbegründung und der Normenanwendung kontextualisieren die transzendentalpragmatische, diskursive Gleichheit in Lebensformen, die soziale Räume kraft Verständigungs- und Handlungszusammenhängen ausbilden. Wesentlich für die Stabilität der Handlungskoordinationen in diesen Räumen ist, dass gleichbleibende Umstände unterstellt werden können, indem Dingen Eigenschaften und Personen Kompetenzen zugeschrieben werden. Die Relevanz der Eigenschaften kann problematisiert werden, und die zugeschriebenen Kompetenzen können als nicht gerechtfertigter Status von Personen stoßend wirken. Daher sollen diese unterstellten Eigenschaften und Kompetenzen in normativen Diskursen kritisiert und begründet werden.

Die Umstände betreffen sowohl die normativen Handlungserwartungen und Interessen wie auch die zu erwartenden Folgen und Nebenwirkungen in konkreten Situationen.<sup>299</sup> Diese können formal hinsichtlich der Weltbezüge gegeneinander abgegrenzt werden: Handlungserwartungen betreffen die soziale Welt, und kognitive Erwartungen beziehen sich auf Folgen und Nebenwirkungen in der objektiven Welt. Die gerade erläuterte Differenzierung zwischen Normenbegründung und Normenanwendung, die Günther vorschlägt, bindet diese formale Unterscheidung dagegen an die Gegebenheiten sozialer, kommunikativ entfalteter Räume. In dieser Weise setzt Günther Normenbegründung und Normenanwendung in das dreidimensionale Bezugssystem aus Diskurs, Organisation und Institution. Sobald normative Auseinandersetzungen überindividuell geführt werden, muss geregelt werden, welcher der formalen Bezüge konstant gehalten wird: In Normenbegründungen wird von „gleichbleibenden Umständen“<sup>300</sup> ausgegangen, während in der Normenanwendung die „anwendbaren Normen [...], die zu einer Lebensform [...] gehören“<sup>301</sup> gesetzt sind.

Anhand Günthers Differenzierungen erschließt sich, worin die spezifisch epistemische Missachtung besteht, die bereits im ersten Teil angesprochen wurde: Die Rechtsanwendung durch die Verwaltung missachtet die Kriterien der Normenanwendung, wenn die Situationsdeutung nicht auf den gemeinsamen sozialen Raum Bezug nimmt. Recht als Organisation stützt sich in der Normenanwendung auf Recht als Institution, insofern die Typologien rechtserheblicher Sachverhalte einem

---

<sup>299</sup> Vgl. etwa Luhmanns Differenzierung zwischen kognitiven und normativen Erwartungen (und deren möglicher Enttäuschung) in Luhmann (1987: 44).

<sup>300</sup> Günther (1988: 53).

<sup>301</sup> Günther (1988: 304f.).

allgemeinen Rechtsverständnis entsprechen sollten. Eine entsprechende Missachtung erfolgt insbesondere dann, wenn die Sachverständigen sich in ihren Erwägungen lediglich auf eine wissenschaftlich erfasste, objektive Welt stützen. Auf diese Weise werden die sozial verbreiteten Annahmen, die als Naturalisierungen Lebensformen tragen, ausgeklammert und durch die spezifischen Annahmen der Sachverständigen ersetzt. Die sekundären Naturwüchsigkeiten sind folglich normativ stoßend, weil sie die Normenanwendung auf eine gemeinsame Welt beziehen, die in normativ unzulässiger Weise reduziert wurde. Derlei Beschränkungen werden mit dem rationalisierten Wissen der Sachverständigen begründet, das gewissermaßen ‚wahrer‘ sei, als die wechselseitigen Zuschreibungen, die die Handlungskoordinationen im sozialen Raum tragen. Doch hierdurch fügen sich die Expertisen der Sachverständigen gerade nicht in das dreidimensionale Bezugssystem aus Diskurs, Organisation und Institution ein. Vielmehr berufen sie sich auf eine objektive Welt außerhalb dieses Bezugssystems, die mit wissenschaftlichen Methoden zu erfassen sei, dank derer das wahre Verständnis der gemeinsamen Welt gewonnen werde. Durch diese Argumentation wird das Recht als Institution mit seinen vielfältig verwurzelten Naturalisierungen ausgehebelt, so dass der Status der Sachverständigen und deren Expertisen illegitim erscheinen muss. An die Stelle des Rechts als Institution, das normative ebenso wie epistemische Aspekte enthält, wird eine komplementäre Organisation geschaffen, bei der die Gesetzgebung in den Parlamenten und die pragmatische Umsetzung durch die Sachverständigen organisiert wird.

Diese komplementäre Aufgabenteilung droht, Recht als Institution am Laienpublikum vorbei zu organisieren, so dass die gestaltete Rechtswirklichkeit ihren legitimierenden Boden verliert. Um den Anforderungen epistemischer Souveränität zu genügen, muss die Ausgestaltung der Typologien rechtserheblicher Sachverhalte vom Rechtsverständnis im sozialen Raum ausgehen. Typologien setzen Klassifikationen fest, die Situationsdeutungen in der Rechtsanwendung organisieren und sicherstellen, dass die allgemein abstrakten Normen überhaupt einen Realitätsbezug erhalten. Gleich wie die Rechtsnormen müssen sie innerhalb des dreidimensionalen Bezugssystems entwickelt werden und können nicht von außen bezogen werden. Deshalb muss die epistemische Genese des Rechts in einer Weise geregelt werden, die den normativen Anforderungen gerecht wird.

Normativ bedeutet hinsichtlich der Typologien nun nicht, dass bloß Handlungswartungen geklärt werden müssen: Nicht nur die Beziehungen von Personen untereinander müssen geklärt werden, sondern ebenso muss deren Bezug zu den Dingen



organisiert werden. Damit ein Rechtsurteil allgemein verständlich sein kann, muss es auf rechtserhebliche Elemente abstellen, die gleichermaßen Kompetenzen von Personen wie Eigenschaften von Dingen betreffen, wie Luc Boltanski und Laurent Thévenot unterstreichen:

The judgement that aims to be common draws support from relevant elements that are to be grasped in a general form that lends itself to drawing persons and things nearer to one another. We have put this way of grasping persons and things at the heart of our research and have called it *qualification*.<sup>302</sup>

Diese Verbindung von Personen und Dingen erinnert an die Analogien, die gemäss Douglas Mensch und Natur kraft der Naturalisierung von Klassifikationen verknüpfen und auf diese Weise Institutionen schaffen, die die Handlungskoordination auf eine stabile Grundlage stellen.<sup>303</sup> Allerdings interessieren sich Boltanski und Thévenot nicht bloß für die Stabilität der Institutionen und deren Klassifikationen, sondern der Ausgangspunkt ihrer sozialwissenschaftlichen Forschung ist die Frage, in welchen Situationen gemäss empirischen Beobachtungen moralische Konflikte entstehen und auf welchen Grundlagen sie wiederum gelöst werden.<sup>304</sup> Ein für die Rechtstheorie bedeutsames Resultat dieser Forschung ist, dass solche Konflikte nicht gelöst werden, indem allein auf Handlungserwartungen abgestellt wird. Konflikte lassen sich nur unter Bezugnahme auf eine gemeinsame Welt lösen, in der sich ebenso Dinge wie Personen befinden. Diese gemeinsame Welt verleiht den Normen Wirklichkeit und macht sie überhaupt anwendbar.<sup>305</sup> Allerdings ist diese Wirklichkeit weder gleichzusetzen mit einer universal gültigen objektiven Welt noch mit den situativ und partikular greifbaren Gegebenheiten, sondern diese Wirklichkeit kann nur dann in einer allgemeingültigen Weise („in a general form“) entstehen, wenn erhebliche Elemente („relevant elements“) situationsübergreifend qualifiziert werden.

In seiner Analyse der Bedingungen von Argumentationen zeigt Stephen Toulmin,<sup>306</sup> dass die Bezugnahme auf Daten in Argumenten, die Schlussfolgerung nur stützen kann, wenn sich die Argumentation auf eine oftmals implizite Schlussregel stützt. Der Schritt von den angeführten Daten oder Tatsachen zur Schlussfolgerung erfolgt aufgrund eines verallgemeinerten Zusammenhangs zwischen einem Typus von Da-

---

<sup>302</sup> Boltanski & Thévenot (2000: 219). Vgl. zum Konzept der Qualifikation (insbesondere bezogen auf die Kompetenzen von Personen) auch Boltanski & Thévenot (1991: 431-433).

<sup>303</sup> Dazu Douglas (1991: 84).

<sup>304</sup> Dazu Boltanski & Thévenot (2000:213).

<sup>305</sup> Vgl. hierzu Hare (1983: 45-66) der zeigt, dass moralische Urteile sowohl normative wie auch deskriptive Bedeutung haben.

ten zu der Behauptung von Tatsachen (oder von Handlungserwartungen), die daraus zu schließen sind. So bemerkt Toulmin,

dass Schlussregeln allgemein sind und die Korrektheit aller Argumentationen des betreffenden Typs feststellen. Sie müssen deshalb auf ganz andere Weise begründet werden als die Tatsachen, die wir als Daten anführen. Diese Unterscheidung zwischen Daten und Schlussregeln zeigt Ähnlichkeit zu der Unterscheidung, die man bei Gericht zwischen Tatsachen- und Rechtsfragen trifft.<sup>307</sup>

Schlussregeln gelten nicht bloß für den Einzelfall sondern klassifizieren Typen von Argumenten. Typologien rechtserheblicher Sachverhalte sind daher im Sinn von Toulmin Schlussregeln, die die Rechtsanwendung stützen, und nicht einfach Tatsachen. Die Typologien bestimmen als Schlussregeln, welche Daten oder Elemente (im Sinn von Boltanskis und Thévenots „relevant elements“<sup>308</sup>) erheblich sind. Schlussregeln werden, wie Toulmin betont, nicht wie Tatsachen begründet, sondern sie werden in Boltanskis und Thévenots Worten situationsübergreifend qualifiziert. Zugleich sind Tatsachen- von Rechtsfragen zu unterscheiden, da letztere die rechtserheblichen Sachverhalte ermitteln, die nicht schon durch irgendeine beliebige, wahrheitsgetreue Darstellung der Ereignisse festgehalten werden.

Die Verkörperung der Normen in Personen und Dingen, die Boltanski und Thévenot aufzeigen, ist an ein Weltverständnis gebunden, das zwischen formaler Idealisierung und konkretem Einzelfall vermitteln kann. Auf eine solcherart notwendige Vermittlung habe ich bereits bei der Diskussion unterschiedlicher Formen von Gleichheit verwiesen, als ich dargelegt habe, dass die transzendentalpragmatische Gleichheit des Publikums durch ein institutionalisiertes Publikum ergänzt werden muss, dass auf ein historisch gewachsenes Rechtsverständnis zurückgreifen kann, das in Naturalisierungen wurzelt. Die abstrakte Gleichheit kann argumentativ nicht greifen ohne diese Substanz. Gleiches zeigt sich nun – gewissermaßen als rechtstheoretische Pointe im Theoriegebäude von Boltanski und Thévenot – auch beim Bezug auf die Dinge bei der Rechtsanwendung; denn die Anwendung von Normen bedingt

das Vorliegen von „genormten“ Objektbeständen, die dafür bürgen, dass limitierende Mechanismen der Prüfung und Beweisführung (épreuve) greifen. Dies ist die techniksoziologische [und meines Erachtens auch rechtstheoretische] Pointe des Ansatzes, denn es genügt nicht, sich auf abstrakte Normen zu berufen, diese werden erst im Zusammenhang mit genormten Objekten koordinationswirksam.<sup>309</sup>

Die Umsetzbarkeit abstrakter Normen muss in konkreten Urteilen bewiesen werden, die wieder begründet werden müssen. Die Begründung weist nicht nur normativ

---

<sup>306</sup> Insbesondere Toulmin (1996: 88-98).

<sup>307</sup> Toulmin (1996: 91).

<sup>308</sup> Boltanski & Thévenot (2000: 219).

sondern gleichermaßen epistemisch über die konkrete Situation hinaus. Gemäss Boltanski und Thévenot genügen daher für die Anwendung von Normen nicht allein allgemein abstrakte Normen, sondern das Urteil stützt sich ebenso auf verallgemeinerte Situationsdeutungen, in denen die Objekte genormt auftreten. Ein offensichtliches Beispiel hierfür ist die im ersten Teil dargestellte Festlegung der wahren Beschaffenheiten gentechnisch veränderter Lebensmittel für deren Kennzeichnung, die von den Behörden vorgenommen wurde. Solche Legaldefinitionen schaffen zusammen mit den jeweiligen technischen Methoden für den Nachweis der rechtserheblichen Sachverhalte genormte Objekte – oder in meiner Terminologie: Typologien rechtserheblicher Sachverhalte.

Diese Typologien sind einerseits eine notwendige Bedingung für die Faktizität des Rechts. Andererseits soll die Teilhabe der Öffentlichkeit an dieser epistemischen Genese der Rechtswirklichkeit mit der fünften Kategorie der Grundrechte, die Habermas aus dem Demokratieprinzip ableitet und die ich als Rechte zur Sicherung epistemischer Souveränität verstehe, gesichert werden. Allerdings fehlt bei Habermas eine Konzeption dieser Genese, die als eigenständige epistemische Verallgemeinerung der Handlungskontexte im Recht und nicht gleich wieder mit erkenntnistheoretischen Erwägungen eng an die wissenschaftlich etablierte Realität gebunden wird.<sup>310</sup> Die Gleichheit in normativen Aushandlungen kann sich nicht allein auf die transzendentalpragmatische Gleichheit der Personen im Diskurs beschränken, da ansonsten die Kontroverse ohne Substanz bleibt, und im Sinn von Boltanski und Thévenot weder dargelegt noch geprüft werden kann.

Gemäss Charles Larmore klammert Habermas mit der Erwartung einer idealen Rechtfertigung die substantiellen Hintergrundannahmen aus, so dass Rechtfertigungen gleichermaßen ihren Bezug zu einem sozialen Raum wie auch zu den tatsächlichen Problemen im Handeln verlieren.<sup>311</sup> Im Kern beanstandet Larmore, dass Habermas eine Rechtfertigung dafür verlangt, dass bestehende Überzeugungen begründende Kraft besitzen; denn zum

Gegenstand der Rechtfertigung gehören, der philosophischen Überlieferung zum Trotz, nicht unsere Überzeugungen als solche, sondern Änderungen unter ihnen, wie

---

<sup>309</sup> Potthast (2001: 553).

<sup>310</sup> Vgl. die Positionierung des Wissenschaftssystems, das gemäss Habermas (1992: 450f.) verhindern soll, dass politisches Steuerungswissen der Behörden in der Art eines „Systempaternalismus“ nur noch in eigener Regie geführt wird; denn die Stellung des Wissenschaftssystems eröffnet der „Zivilgesellschaft die Chance, Gegenwissen zu mobilisieren“, mit dem die Effizienzerwägungen der Behörden kritisiert werden können.

<sup>311</sup> Siehe Larmore (2000, 2001).

wenn wir fragen, ob es gute Gründe gibt, eine neue Überzeugung anzunehmen oder eine alte in Frage zu stellen.<sup>312</sup>

Für Larmore bilden Überzeugungen die Grundlage von Begründungen, und sie müssen nicht noch theoretisch gerechtfertigt werden, bevor sie in diskursiven Auseinandersetzungen eingebracht werden können. Warum sich Habermas dagegen stemmt, Überzeugungen selbst begründende Kraft einzuräumen, ohne dass sie gerechtfertigt werden müssen, werde ich später bei der Diskussion seines Konzepts der Lebenswelt deutlicher auseinandersetzen. Der Hauptgrund für Habermas' Widerstand besteht darin, dass er haltbare und falsche Überzeugungen unterscheiden will, so dass nicht ein illegitimer Zwang im Diskurs kraft falscher Überzeugungen aufgebaut wird.

In meinem Kommentar zu Habermas' erweiterten Position, bei der er in *Kommunikatives Handeln und detranszendentalisierte Vernunft* die „zweistellige Relation der Gültigkeit von Aussagen“ von der „dreistelligen Relation der Geltung, die gültige Aussagen »für uns« haben“<sup>313</sup> unterscheidet, habe ich gezeigt, wie Habermas versucht, den Ort der Aushandlungsprozesse vom transzendentalpragmatischen Rand des dreidimensionalen Bezugssystem in die substantiellere Mitte zu verlagern, indem er die „jeweils bestehenden Verständigungsverhältnisse“<sup>314</sup> auch in die Diskurstheorie einbezieht. Indes habe ich auch erläutert, dass Habermas die Verständigungs- und Handlungszusammenhänge in einem zweiten Argumentationsschritt sogleich wieder aus den Diskursen ausklammert, da er die diskursive Rechtfertigung von normativen Ansprüchen „als das Ganze der möglichen legitim geregelten interpersonellen Beziehungen“ begreift, das „ein zur objektiven Welt komplementäres Bezugssystem“ bildet.<sup>315</sup> Gleichheit bleibt bei Habermas infolgedessen formal und bezieht sich transzendentalpragmatisch auf Personen, die formal eine gemeinsame objektive Welt unterstellen. Dagegen verstehen Boltanski und Thévenot Gleichheit nicht transzendentalpragmatisch und formal, sondern gehen von empirischen und kontingenten Verständigungs- und Handlungszusammenhängen aus, in denen Personen und Dinge qualifiziert werden.

Die Verarbeitung dieser moralpsychologischen und rechtssoziologischen Befunde ist rechtstheoretisch ergiebig, da sie Bezugspunkte für die Analyse von Rechtfertigungen anbieten, die sowohl mehr Substanz besitzen als auch konzeptionell differen-

---

<sup>312</sup> Larmore (1999: 338 ).

<sup>313</sup> Habermas (2001a: 35).

<sup>314</sup> Habermas (2001a: 35).

<sup>315</sup> Habermas (2001a: 40). Vgl. auch Habermas (1991a: 142).

zierter sind als Habermas' Rede von der Zivilgesellschaft oder der Lebenswelt. Im Gegensatz zur Systemtheorie, gegen die Habermas hauptsächlich anschreibt, versuchen Boltanski und Thévenot zum einen sowohl die epistemischen wie auch die normativen Voraussetzungen der Handlungskoordination deutlich herauszuarbeiten. Zum anderen ist es in ihrem Ansatz der „Normalfall, dass Beobachter empirische Terrains vorfinden, in denen eine Pluralität konkurrierender Äquivalenzprinzipien [in etwa entsprechen diese den bereits angesprochenen demokratischen, naturalisierten und epistemischen Gleichheiten] in Rechtfertigungssituationen einander gegenüberstehen.“<sup>316</sup> An die Stelle beispielsweise der Codes, die in der Systemtheorie gesellschaftliche Bereiche eindeutig bestimmen, tritt eine Pluralität von Handlungsordnungen, in denen Personen und Dinge unterschiedlich qualifiziert werden.<sup>317</sup>

Da es angesichts des Pluralismus der Ordnungen (neben dem ethischen Pluralismus) zum Normalfall geworden ist, dass unterschiedliche Handlungsordnungen auf dieselbe Situation angewendet werden können, sollte dem Prozess der Qualifikation mehr Aufmerksamkeit geschenkt werden. Ein besseres Verständnis dieser Prozesse ist nach meiner Einschätzung eine notwendige Bedingung dafür, dass die rechtstheoretischen Anforderungen für epistemische Souveränität herausgearbeitet werden können. Denn in diesen Prozessen entfaltet sich eine spezifische Form der Macht, der nur dann Rechte entgegengesetzt werden können, wenn ihre Mechanismen begriffen sind.

#### 2.1.4.3 Qualifizierte Gleichheit, Status und Kämpfe um Anerkennung

Auf die eigentümliche Macht, die kraft der Qualifikation von Personen und Dingen die Rechtfertigungen ordnet, weist Habermas bereits mit der dreistelligen Relation der Geltung von Wahrheitsansprüchen hin, wenn er erläutert, dass diese aufgrund der „epistemischen Bedingungen ihrer möglichen Rechtfertigung eine explosive Kraft *innerhalb* der jeweils bestehenden Verständigungsverhältnisse“<sup>318</sup> entfalten. Allerdings schlüsselt Habermas letztere nicht weiter auf, sondern entfernt sie später aus seinem Theoriegebäude.

Wie diese Verhältnisse in theoretisch fruchtbarer Art weiter differenziert werden können, hat insbesondere Thévenot im Anschluss an die gemeinsamen Arbeiten mit

---

<sup>316</sup> Potthast (2001: 553).

<sup>317</sup> Siehe zu der Differenzierung von Handlungsordnungen insbesondere Thévenot (2001a).

<sup>318</sup> Habermas (2001a: 35).

Boltanski aufgezeigt.<sup>319</sup> Damit diese Erweiterung im Ansatz von Boltanski und Thévenot verankert werden kann, sei hier zunächst deren Ausgangspunkt kurz erläutert: In *De la Justification* widmen sich Boltanski und Thévenot hauptsächlich den sozialen Voraussetzungen für moralische Konflikte und Rechtfertigungen.<sup>320</sup> Sie bestimmen dabei eine Reihe von Rechtfertigungsordnungen (*cité, orders of worth*), die unterschiedliche paradigmatische Grundlagen beschreiben, nach denen die Interaktion zwischen Menschen geordnet wird. Anhand von vier Gesichtspunkten lassen sich Rechtfertigungsordnungen analysieren: erstens nach dem zentralen Gut, nach dem bewertet wird (*mode of evaluation, worth*); zweitens nach der Art der relevanten Information (*format of relevant information*); drittens nach der grundlegenden Beziehungsform, die Menschen untereinander verbindet (*elementary relation*); sowie viertens nach der wesentlichen Eigenschaft von Menschen (*human qualification*).<sup>321</sup> So sind beispielsweise für die bürgerliche Rechtfertigungsordnung (*civique, civic*) folgende Annahmen grundlegend: das zentrale Gut ist das gemeinsame Interesse, die Art der relevanten Information ist formalisiert und offiziell geregelt, die grundlegende Beziehungsform zwischen den Menschen ist die Solidarität, und die wesentliche Eigenschaft von Menschen ist deren prinzipielle Gleichheit. Im Vergleich dazu sind die Rechtfertigungsgrundlagen im Markt (*marchand, market*) die folgenden: Preis, Monetarisierung, Tausch und Wünsche. Entscheidend ist für mich hier nicht die inhaltliche Bestimmung dieser einzelnen Rechtfertigungsordnungen (noch deren Anzahl und Gliederung), sondern die Einsicht, dass die Welt mit den darin enthaltenen Personen und Dingen je nach Rechtfertigungsordnung unterschiedlich qualifiziert wird.<sup>322</sup> Folglich bringen die Betroffenen in normativen Konflikten nicht nur unterschiedliche ethische sondern auch divergierende kognitive Zugänge ein. Maßgeblich für die Analyse von Rechtfertigungen ist, dass das zentrale Gut ein Fundament erzeugt, von dem aus Gleichheit und Unterschiede in einer gemeinsamen

---

<sup>319</sup> Thévenot (2001a) unterscheidet drei Arten von Handlungsordnungen: Handlungsordnung der Vertrautheit (*regime of familiarity, regime of familiarity*), die Handlungsordnung normal geplanter Handlungen (*regime of regular planned action*) sowie die Handlungsordnung der Rechtfertigung (oder einfach Rechtfertigungsordnung, (*public*) *regime of justification*). In diesen werden Eigenschaften von Personen, Beschaffenheiten der Dinge, der Zugriff auf die Realität und die Form relevanter Informationen in je strukturell verschiedener Weise entwickelt.

<sup>320</sup> Vgl. beispielsweise die programmatischen Ausführungen in Boltanski & Thévenot (2000: 216).

<sup>321</sup> Siehe die tabellarische Einteilung in Boltanski & Thévenot (1999: 368); vgl. auch den etwas differenzierteren Raster in Boltanski & Thévenot (1991: 177-181).

<sup>322</sup> Siehe dazu die tabellarische Übersicht über die Rechtfertigungsordnungen in Boltanski & Thévenot (1999: 368). Ausführlich werden diese erörtert in Boltanski & Thévenot (1991).

Welt bemessen werden: Kritik und Rechtfertigung sind gemäss Boltanski und Thévenot nur auf der Grundlage eines Prinzips der Gleichheit (*équivalence, principle of equivalence*) möglich, das das Urteil von der konkreten Situation verallgemeinernd abhebt.<sup>323</sup> Dieses Prinzip erinnert natürlich an Douglas' naturalisierte Klassifikationen. Es handelt sich hierbei immer um in bestimmten Verständigungs- und Handlungszusammenhängen qualifizierte Gleichheiten. Die Liste der Rechtfertigungsordnungen wird beispielsweise ergänzt durch die industrielle Ordnung (*le monde industriel, industrial*) oder die häusliche Ordnung (*le monde domestique, domestic*).<sup>324</sup> Diese Ordnungen verdeutlichen, dass die Rechtfertigungsordnungen wiederum in Handlungsordnungen (*pragmatic regimes of engagement*) wie dem Aufbau von Industrieanlagen und der effizienten Produktion von Gütern, der Ordnung der eigenen häuslichen Umgebung oder dem wirtschaftlichen Handel wurzeln. Die Rechtfertigung ist dann nur eine spezifische Form der Interaktion, in der die zu Grunde gelegten Gleichheiten neu verhandelt werden; ähnlich wie Habermas den Diskurs von Kommunikationen im sozialen Raum unterscheidet. Doch Handlungsordnungen werden nicht bloß auf Kommunikationen beschränkt, sondern berücksichtigen auch den Umgang mit Dingen und deren Qualifikation.<sup>325</sup> In diese Richtung ergänzt Thévenot den gemeinsam mit Boltanski entwickelten Ansatz. Er unterscheidet hierbei verschiedene Ebenen der Handlungsordnungen (*regime of familiarity, regime of regular planned action, regime of justification*) vergleichbar mit Habermas' Unterscheidung zwischen Lebenswelt, System und Diskurs. Allerdings wählt Habermas theoretisch die Perspektive des Diskurses, während die Handlungsordnungen als Institutionen untersucht werden, die Personen wie auch Dinge berücksichtigen.

Eine weitere, wichtige Differenz zu Habermas besteht darin, dass Boltanski und Thévenot Konflikte dahingehend analysieren, dass die allgemeine Gleichheit der Menschen (in etwa Habermas' transzendentalpragmatische Gleichheit) mit konkreten Konzeptionen über deren Gleichheit in Konflikt gerät, die sich durch die Qualifi-

---

<sup>323</sup> Dazu Boltanski & Thévenot (2000: 213).

<sup>324</sup> Weitere Rechtfertigungsordnungen sind die (religiös) beseelte Ordnung (*le monde d'inspiration, inspired*) oder die Ordnung der Meinung (*le monde de l'opinion, opinion*). Vgl. Boltanski & Thévenot (1991) sowie Boltanski & Thévenot (1999) und Boltanski & Thévenot (2000). Zudem findet sich bei Thévenot (2002: 69f., 75-78) die Rechtfertigungsordnung Grünen und Umweltaktivisten als eigenständige Rechtfertigungsordnung. Boltanski & Chiappello (1999) schlagen wiederum eine projektförmige Rechtfertigungsordnung, die sich als neue Managementform in kapitalistischen Gesellschaften entwickelt hat, als neu entstehende Grundlage der Rechtfertigung vor; dazu die bündig Zusammenfassung in Potthast (2001: insbesondere 556-560).

<sup>325</sup> Vgl. hierzu die Kritik von Tugendhat (1992c) an Habermas' Konzept der kommunikativen Handlung.

kation von Personen ergeben. In der Konzeption von Boltanski und Thévenot zeigt sich daher die eigentümliche Spannung zwischen Faktizität und Geltung, die aufgrund von Qualifikationen entsteht:

The presence, in the core of the model [i.e. the common model (modèle de cité) shared by all orders of worth)], of two different basic constraints – first, a constraint of common humanity and, second, a constraint of order – yields a tension, since persons are equal with regard to their belonging to humanity while being placed within a hierarchy according to a specific principle of order. It follows that, in this model, the distinction between persons, which points to the human beings in their states prior to any form of qualification, and states of persons, which refers to the qualification process, is crucial.<sup>326</sup>

Rechtfertigungsordnungen werden durch die Beschränkungen einer qualifizierten Gleichheit der Personen und der unterstellten faktischen Ordnung einer Spannung ausgesetzt, die zwischen der qualifizierte Gleichheit und einer allgemeinen Gleichheit unter den Menschen entsteht.

Solche Konflikte lassen sich nicht auf Interessenskonflikte zwischen gleichgestellten Individuen reduzieren, ohne deren Pointe zu verlieren. Denn die Kontroversen drehen sich nicht um Interessen von Personen, sondern sie entzünden sich am Status, den manche Personen einnehmen. Die Organisation von Kompetenzen, die Personen zugeschrieben werden, führt zu gesellschaftlich wirksamen Statushierarchien, die der allgemeinen Gleichheit von Bürgerinnen und Bürgern in manchen Fällen zuwiderlaufen können. Diese Spannung ist in der politischen Theorie nicht unbemerkt geblieben und wird als Kämpfe um Anerkennung thematisiert.

Nancy Frasers Ausführungen zum Status von Personen in kapitalistischen Gesellschaften machen beispielsweise auf derlei Spannungen aufmerksam.<sup>327</sup> Sie weist auf die untragbaren Konsequenzen von Statushierarchien hin, die aufgrund von erstarrten und gesellschaftlich weit um sich greifenden Qualifikationen entstehen können:

[W]enn man sagt, eine Gesellschaft habe eine Statushierarchie, sagt man damit, dass sie kulturelle Wertmuster institutionalisiert, die einigen ihrer Mitglieder dauerhaft die Anerkennung vorenthalten, welche sie benötigen, um als vollberechtigte Partner an der sozialen Interaktion teilzuhaben.<sup>328</sup>

Wenn die Qualifikation von Personen in Statushierarchien erstarrt, dann kann dies zu Folge haben, dass Personen ihre Anerkennung versagt bleibt. Diese reagieren auf diese Benachteiligung mit einem Gefühl der Missachtung. Durch die erstarrte Qualifikation wird ein Recht auf Mitsprache vorenthalten, das durch die Grundrechte auf

---

<sup>326</sup> Boltanski & Thévenot (1999: 367). Vgl. auch Boltanski & Thévenot (2000: 223).

<sup>327</sup> Siehe Fraser in Fraser & Honneth (2003: 69-97).

<sup>328</sup> Fraser in Fraser & Honneth (2003: 70).



epistemische Souveränität gewährleistet werden müsste; und durch diesen Anspruch wird die spezifische Form der Missachtung meines Erachtens auch gerechtfertigt.

Solche Statushierarchien sind nicht nur ein Phänomen vormoderner, traditional strukturierter Gesellschaften.<sup>329</sup> Auch in den gegenwärtigen differenzierten Gesellschaften existieren gemäss Fraser weiterhin Statushierarchien. In differenzierten Gesellschaften

müssen soziale Akteure über eine Pluralität institutionalisierter und subkultureller Werthorizonte verhandeln. Anstatt [wie in vormodernen, traditional strukturierten Gesellschaften] irgendeinen vorbestimmten »Platz« zu besetzen, partizipieren sie aktiv an *einem dynamischen Regime unablässiger Kämpfe um Anerkennung*.<sup>330</sup>

In modernen Gesellschaften sehen sich die Akteure mit einem Pluralismus der Ordnungen konfrontiert. Personen nehmen nicht mehr wie in vormodernen Gesellschaften eine feste Rolle ein, die dadurch bestimmt wäre, dass die Gesellschaft durch eine einzige Institution geprägt wird. Daraus ergeben sich Auseinandersetzungen, hinsichtlich welcher Handlungsordnung Rechte gewährt werden sollen; denn der Vollzug von Rechtsnormen kann dann nicht mehr bloß von einer einzigen naturalisierten Klassifikation ausgehen, gleichviel ob diese nun von den Verwaltungen als sekundäre Naturwüchsigkeiten vorgegeben werden oder von sozial mächtigen Akteuren für die Gesellschaft bestimmt werden. Diese Kämpfe um Anerkennung verstehe ich als ein Ringen um epistemische Souveränität.

Diese Kämpfe um Anerkennung und das Ringen um epistemische Souveränität dürfen von einer Rechtstheorie oder politischen Theorie nicht unbeachtet bleiben, wie Fraser betont.<sup>331</sup> Damit diese Phänomene angemessen berücksichtigt werden können, schlägt sie eine zweidimensionale Konzeption der Gerechtigkeit vor. Nach der Norm der „*partizipatorischen Parität*“ erfordert die „Gerechtigkeit gesellschaftliche Vorkehrungen, die allen (erwachsenen) Gesellschaftsmitgliedern erlauben, miteinander als Ebenbürtige zu verkehren.“<sup>332</sup> Diese Gleichheit soll im Hinblick auf zwei Dimensionen gewährleistet werden, weshalb Fraser für eine zweidimensionale Konzeption der Gerechtigkeit argumentiert: Die eine Dimension soll die objektiven materiellen Bedingungen im Sinn von Verteilungsgerechtigkeit berücksichtigen, während die andere Dimension die intersubjektiven Bedingungen im Sinn der philosophischen

<sup>329</sup> Vgl. dazu Fraser in Fraser & Honneth (2003: 76-78).

<sup>330</sup> Fraser in Fraser & Honneth (2003: 80).

<sup>331</sup> Fraser in Fraser & Honneth (2003: 83).

<sup>332</sup> Fraser in Fraser & Honneth (2003: 54f.)

Debatten um Anerkennung in die Gerechtigkeitskonzeption einbeziehen soll.<sup>333</sup> Sowohl bei der Verteilung von materiellen Gütern wie auch bei der Anerkennung kultureller Identitäten sollen sich die Gesellschaftsmitglieder als Ebenbürtige begegnen können, was für Fraser selbstverständlich kulturelle Wertmuster ausschließt, die diese prinzipielle Gleichheit nicht anerkennen.

Jedoch stellt Frasers Konzeption zu sehr auf einen Gegensatz zwischen ökonomischer Verteilung und kultureller Anerkennung ab, so dass, wie Axel Honneth richtigerweise bemerkt, die gewählte Perspektive methodisch beliebig erscheint. Schwerwiegender ist gemäss Honneth allerdings, dass so die moralischen Gründe mit denen Missachtungen kritisiert werden können, auf ein unzureichendes theoretisches Fundament gestellt werden.<sup>334</sup> Denn die Missachtung kann nicht einfach mit dem bloßen Hinweis auf eine ungerechte Verteilung oder eine nicht gewährte Anerkennung begründet werden; denn „die motivationale Basis aller sozialen Kämpfe [ist] eine moralische Erfahrung“<sup>335</sup>, weshalb die normativen Grundlagen der Kritik freigelegt werden müssen. Honneth versucht, diese mittels moralpsychologischen Argumenten in den drei Anerkennungssphären Liebe, Recht und Leistung zu begründen. Die je auf verschiedene Weise Personen in gesellschaftliche Zusammenhänge integrieren.<sup>336</sup> Fraser kritisiert diesen Lösungsansatz wiederum mit dem Hinweis, dass auf diese Weise die moralpsychologische Integration zum alleinigen Bewertungsmaßstab von Gesellschaften wird, wodurch die Gesellschaftstheorie die spezifischen Mechanismen der ökonomischen, materiellen Integration aus den Augen verliert.<sup>337</sup>

Meines Erachtens formulieren die beiden Ansätze von Fraser und Honneth für normative Theorien wegweisende Fragestellungen, doch bleiben beide beschrittenen Wege unbefriedigend, wie die wechselseitige Kritik von Fraser und Honneth zeigt. Wenn dagegen die partizipatorische Parität Frasers im Sinn des Diskursprinzips verstanden wird (worauf es im Grunde genommen aufbaut) und über das Demokratieprinzip in demokratische und epistemische Souveränität differenziert wird, dann ist es nach meiner Auffassung möglich, die Anliegen von Fraser und Honneth in einer Weise zu fassen, dass die beanstandeten Phänomene weder im Stile von Fraser auf die Dichotomie von Ökonomie und Kultur verkürzt, noch die Integration in modernen Gesellschaften allein moralpsychologisch verstanden werden müssen,

---

<sup>333</sup> Siehe insbesondere Fraser in Fraser & Honneth (2003: 55f.).

<sup>334</sup> Vgl. Honneths Kritik in Fraser & Honneth (2003: 185-189).

<sup>335</sup> Honneth in Fraser & Honneth (2003: 187).

<sup>336</sup> Zu diesen drei Sphären siehe insbesondere Honneth in Fraser & Honneth (2003: 162-177).

<sup>337</sup> Siehe Fraser in Honneth in Fraser & Honneth (2003: 244-246).

wie Honneth vorschlägt. Insbesondere Frasers zweidimensionale Konzeption der Gerechtigkeit sollte nach meiner Auffassung so umgestaltet werden, dass erstens nicht allein die Handlungen aufgrund der Verteilungsgerechtigkeit verbindlich geregelt werden, in denen materielle Ressourcen verteilt werden. Tatsächlich umfasst dies nur ein Teil der Handlungserwartungen, die durch Rechtsnormen verbindlich geregelt werden sollen. Was Fraser folglich mit der ersten Dimension anspricht, wäre nach meinem Erweiterungsvorschlag die garantierte Teilhabe an der demokratischen Genese des Rechts. Zweitens sollten Debatten um die Anerkennung der kulturell spezifischen Identität mit Blick auf die Folgen betrachtet werden, mit denen Personen konfrontiert werden, wenn diese Anerkennung versagt bleibt. Die Auswirkungen zeigen sich in konkreten Rechtsanwendungen und sind auf unzureichende Typologien rechtserheblicher Sachverhalte zurückzuführen. Wer dieser Umdeutung folgt, wird in Frasers zweiter Dimension leicht die Ansprüche erkennen, die durch die epistemische Souveränität gesichert werden sollen.

Habermas' eigene gesellschafts- und rechtstheoretische Auseinandersetzung mit Anerkennungskämpfen bezieht sich auf Taylors Diskussion des Verfassungsstreits zwischen der kanadischen Regierung und Quebec um den Schutz der frankophonen Kultur. Es stellt sich die Frage, inwieweit der Schutz des Kollektivs zu einer legitimen Aufgabe des Staates werden kann. Habermas' Entgegnungen betonen namentlich zwei Kategorien der Grundrechte: Die politische Autonomie sowie die Staatszugehörigkeit als Bedingung der Teilhabe an der Gesetzgebung.<sup>338</sup> Obschon der juristische Sinn solcher Anerkennungskämpfe mit der „Frage nach dem »Recht« oder den »Rechten« beleidigter oder missachteter Minoritäten“ präzise gefasst wird,<sup>339</sup> entwickelt Habermas an keiner Stelle die fünfte Kategorie der Grundrechte, die meines Erachtens in diesen Fällen zur Anwendung kommen sollte. Für die rechtsstaatliche Lösung solche Konflikte empfiehlt Habermas ausschließlich die Gesetzgebung.

Da solche Anerkennungskämpfe im Medium des Rechts ausgefochten werden, müssen sie Habermas zufolge den Voraussetzungen legitimer Gesetzgebung genügen und folglich politische Autonomie sicherstellen.<sup>340</sup> Gleichwohl werfen Anerkennungskämpfe Fragen bezüglich der Neutralität der Rechtsordnung auf, die postuliert, dass diese gegenüber Fragen des guten Lebens (die Habermas als ethisch be-

---

<sup>338</sup> Siehe die Aufzählung der fünf Kategorien in Habermas (1992: 155-157).

<sup>339</sup> Habermas (1993: 163).

<sup>340</sup> Habermas (1993: 164).

zeichnet) neutral bleiben soll.<sup>341</sup> Da „sich Rechtsnormen auf die Interaktionszusammenhänge einer konkreten Gemeinschaft [beziehen]“ enthalten sie immer auch kollektive Zielsetzungen, die ihren Niederschlag in der „Form verbindlicher Programme finden“.<sup>342</sup> Die Form von Rechtsprogrammen, die Lebensformen oder Wertvorstellungen schützen, wird tatsächlich immer wieder angewendet. Doch auch wenn derlei Programme faktisch vorkommen, dürfen sie gemäss Habermas „die *Struktur* des Rechts nicht auflösen“ und „nicht die *Rechtsform* als solche zerstören“.<sup>343</sup> Der Schutz der Rechtsform muss vom Schutz von partikularen Lebensformen unterschieden werden, insofern das Recht nicht nur danach fragt, was für eine begrenzte Gemeinschaft gut ist, sondern was „»gleichermaßen gut für alle« ist“.<sup>344</sup> Die Rechtsform soll im Grunde genommen das Diskursprinzip zum Ausdruck bringen,<sup>345</sup> und der Gesetzgebungsprozess sollte daher so gestaltet werden, dass die demokratische Gleichheit im größtmöglichen Maß zur Entfaltung kommt. Trotzdem ist „jede Rechtsordnung auch Ausdruck einer partikularen Lebensform“.<sup>346</sup> Da sich „in der Akzeptabilität einer entsprechenden rechtlichen Ordnung *auch* das Selbstverständnis eines Kollektivs und seiner Lebensform [neben dem universellen Gehalt der Grundrechte]“ ausdrückt, bezieht sich die Rechtsgemeinschaft in politischen Auseinandersetzungen und bei der Gesetzgebung stets auf ihre eigenen Traditionen. Diese bilden den Ausgangspunkt der rechtlichen Rationalisierung.

Wenn daher eine Rechtsordnung geschaffen wird, ist es unvermeidlich, dass die maßgeblichen „Entscheidungen, empirisch wie normativ betrachtet, von einer kontingenten Zusammensetzung der Staatsnation abhängen.“<sup>347</sup> Aus diesem Grund ist für die Gestalt der Rechtsordnung ausschlaggebend, wer der Rechtsgemeinschaft angehört und somit mitentscheiden darf. Das Resultat von Veränderungen in der Zusammensetzung ist, „dass über dieselben Fragen andere Diskurse geführt und andere Ergebnisse erzielt werden.“<sup>348</sup> In der Folge gewinnt das Recht auf Immigration im Verhältnis zum Schutz der nationalen Identität an Bedeutung.<sup>349</sup> Allenfalls sieht die bestehende Rechtsgemeinschaft ihre Lebensformen durch die Einwanderung von Personen aus fremden Kulturen bedroht, und die Frage taucht auf, ob es

---

<sup>341</sup> Habermas (1993: 164f.).

<sup>342</sup> Habermas (1993: 166, 167).

<sup>343</sup> Habermas (1993: 167).

<sup>344</sup> Habermas (1993: 165).

<sup>345</sup> Habermas (1992: 155).

<sup>346</sup> Habermas (1993: 167).

<sup>347</sup> Habermas (1993: 169).

<sup>348</sup> Habermas (1993: 169).

<sup>349</sup> Habermas (1993: 179-187).

ein Recht auf solchen Schutz geben kann. Diese Frage rückt das Problem in die Nähe der fünften Kategorie der Grundrechte. Doch da der Anlass der Diskussion dieser Frage das Recht auf Zugehörigkeit zu einer Rechtsgemeinschaft ist, würde dieser Verweis meines Erachtens hier nichts fruchten; denn die Verweigerung der Einbürgerung verletzt selbst schon die Rechte der zweiten Kategorie der Grundrechte. Diesem Anspruch kann nicht mit Rechten der fünften Kategorie entgegengewirkt werden, die den Vollzug von Rechtsnormen (nicht aber die Gewährung von Grundrechten) an Lebensformen festmacht.

Eine liberale Rechtsordnung soll freilich die Entfaltung von konkreten Lebensformen nicht behindern – zumindest solange sie nicht fundamental gegen die geltende Rechtsordnung verstoßen. Da eine liberale Gesellschaftsordnung „Selbstverständigungsdiskurse ermöglichen und fördern [soll], erstreckt sich der demokratische Prozess der Verwirklichung gleicher subjektiver Rechte auch auf die Gewährleistung der gleichberechtigten Koexistenz verschiedener ethnischer Gruppen und ihrer kulturellen Lebensformen“.<sup>350</sup> Die „Integrität der einzelnen Rechtsperson“ verlangt deshalb „den Schutz jener intersubjektiv geteilten Erfahrungs- und Lebenszusammenhänge“.<sup>351</sup> Habermas stimmt deswegen auch Susan Wolf dahingehend zu, dass „das Recht auf gleichen Respekt, den jeder auch in seinen identitätsbildenden Lebenszusammenhängen beanspruchen darf, nicht davon abhängen darf, ob die spezifische Lebensform auch tatsächlich die Wertschätzung der anderen erfährt“.<sup>352</sup> Dieser Schutz gilt folglich der Privatsphäre und entspricht der Umsetzung von Rechten, die die Freiheitsrechte garantieren sollen und die erste Kategorie der Grundrechte verwirklichen.<sup>353</sup> Aus diesem Grund erscheint eine kulturelle Assimilation als Bedingung der Immigration stoßend.<sup>354</sup>

Gleichwohl ist im Zusammenhang mit epistemischer Souveränität bemerkenswert, dass Habermas die Ansicht vertritt, dass sich Lebensformen zunächst aus eigener Kraft mit den Mitteln der alltäglichen Kommunikation und deren Macht vor Veränderungen und Aussterben schützen müssen. Denn ob eine Lebensform von den Einzelnen tatsächlich angenommen wird, hängt davon ab, ob diese „sich überzeugen, d.h. produktiven Aneignung und Fortführung motivieren“ lassen.<sup>355</sup> Die Tradierung und der Schutz von Lebensformen muss durch kommunikative Macht erfolgen:

---

<sup>350</sup> Habermas (1993: 172).

<sup>351</sup> Habermas (1993: 172).

<sup>352</sup> Habermas (1993: 173).

<sup>353</sup> Zur ersten Kategorie siehe Habermas (1992: 155, 157).

<sup>354</sup> Habermas (1993: 184).

<sup>355</sup> Habermas (1993: 174).

„Rechtsstaatlich kann diese hermeneutische Leistung der kulturellen Reproduktion von Lebenswelten nur *ermöglicht* werden.“<sup>356</sup> Das heißt aber, dass der Schutz von Lebensformen keiner spezifischen Rechte bedarf, die der fünften Kategorie der Grundrechte, d.h. in meiner Konzeption epistemischer Souveränität, eine Rechtsform geben. Die kommunikative Macht so lautet der Schluss, der aus Habermas' Argumentation zu ziehen ist, reicht um diese Ansprüche zur Entfaltung zu bringen.

Ich habe dagegen zu zeigen versucht, dass epistemische Souveränität nicht bloß ein rechtssoziologisches Problem illegitimer Machtentfaltung ist sondern eine rechtstheoretische Herausforderung. Ob dies sichtbar wird oder nicht, hängt wesentlich von den empirischen Fällen ab, auf die sich die Rechtstheorie bezieht. Kontroversen wie diejenige um den Rechtsstatus der frankophonen Bevölkerung Kanadas werden als Kollisionen von partikularen Ansprüchen mit Grundrechten und der Rechtsstruktur des Rechtsstaates diskutiert. Solche Fälle stellen kaum Kontroversen dar, in der epistemische Souveränität maßgeblich wird. Die Bedingungen, denen die Organisation epistemischer Souveränität zu genügen hat, betreffen die Genese der Typologien rechtserheblicher Sachverhalte in der Rechtsanwendung. Es handelt sich hierbei um scheinbar so banale Angelegenheiten wie die Revision einer Kennzeichnungspflicht.

## 2.2 Handlungsordnungen und Qualifikationen

Die Beachtung der epistemischen Funktion von Naturalisierungen öffnet der Rechtstheorie den Zugang zu einem Machttypus, den Habermas zwar im Auge hat, doch meines Erachtens unzureichend fasst. Tatsächlich ist in Habermas' Katalog der Grundrechte in der fünften Kategorie eine Art von Rechten angelegt,<sup>357</sup> die sich der ungehemmten Entfaltung dieses Machttypus in den Weg stellen sollen. Ich habe diese Kategorie, die von Habermas keinen Namen erhält, mit dem Begriff der epistemischen Souveränität belegt.

Die Klage, Sachverständige würden im modernen Rechtsstaat einen illegitimen Status einnehmen und sich von den Anliegen der Gesellschaft entkoppeln, richtet sich gegen diesen spezifisch epistemischen Machttypus. Rechte, die gegen die illegitime

---

<sup>356</sup> Habermas (1993: 174).

<sup>357</sup> Siehe Habermas (1992: 156f.).

Entfaltung dieses Machttypus angehen sollen, müssen deren Mechanismen wirksam in den Griff bekommen. Das Konzept von Luc Boltanski und Laurent Thévenot, das ich bereits eingeführt habe, erhellt diese Mechanismen. Insbesondere Thévenot weist auf die epistemischen wie normativen Differenzierungen hin, die bei der Ausgestaltung von Handlungsordnungen vorgenommen werden. Diese Differenzierungen schreiben Personen spezifische Kompetenzen und den Dingen relevante Eigenschaften zu, so dass der Status von Personen und die maßgeblichen Beschaffenheiten des Handlungskontexts je nach Handlungsordnung verschieden sein kann. Handlungsordnungen stellen demnach überindividuell gültige Ordnungen für die Handlungskoordination dar, auf die sich Personen bei der Handlungskoordination implizit beziehen und bei Rechtfertigungen explizit berufen.<sup>358</sup>

Wenn Qualifikationen gewissermaßen als gesellschaftliche Grundlage für Begründungen dienen, dann ist entscheidend, wer oder was die Entwicklung dieser Grundlage steuert. Mit anderen Worten: Wenn Gründe intern durch die Handlungsordnungen in der Gesellschaft entwickelt werden und nicht von außerhalb der Gesellschaft – aus einer objektiven Welt oder aus den unverfälschten Interessen der Individuen – bezogen werden, dann wird durch die Dynamik sich entwickelnder Handlungsordnungen bestimmt, welche Gründe die Zustimmung im Publikum finden können. Das bedeutet: Wer die Dynamik der Handlungsordnungen beherrscht, kann unter Umständen die Gewichtung von Gründen in öffentlichen Diskursen beeinflussen und so wiederum auf den gesellschaftlichen Wandel einwirken; und wer über solche Mittel verfügen sollte, würde folglich eine gesellschaftlich wirksame Macht besitzen.

Ob es tatsächlich einen solchen Machtmechanismus geben kann, hängt entscheidend davon ab, wie sich Handlungsordnungen überhaupt entwickeln. Untersuchenswert ist diese Frage gerade im Hinblick auf den Umgang mit Technologien, die eigenständige komplexe Handlungsordnungen ausbilden. Denn auf Grund dieser Feststellung bedeuten Technologien nicht nur eine eventuelle gesundheitliche Gefahr für Mensch und Umwelt (wie bei der Gentechnologie angemahnt wird) oder zeitigen sozial unverträgliche Folgen (die von der Ausbreitung der Kommunikationstechnologien befürchtet werden), sondern sie verändern auch die argumentativen Grundlagen einer Gesellschaft.

Auch Habermas versucht, Machtmechanismen bei der Gestaltung des Alltags zu begreifen und illegitimer Macht entgegen zu wirken, so dass sich das Problem nicht

<sup>358</sup>

Vgl. Boltanski & Thévenot (2000: 216).

erst im Umgang mit Technologien stellt. Deshalb kann zunächst gefragt werden, ob der spezifische Machttypus, der Handlungsordnungen und Qualifikationen auferlegt, nicht anhand des Lebensweltkonzepts geklärt werden könnte, das ein wesentliches Element im Theoriegebäude von Habermas bildet. Die bewusste Gestaltung des Alltags zielt auf dessen Rationalisierung ab, und es scheint zunächst gleichgültig, ob dies mittels Technologien oder anderen Formen der Handlungskoordination geschieht. Denn entscheidend ist letztlich im Sinn von Habermas' Diskurstheorie die rational motivierte Zustimmung des Publikums. In dieser Hinsicht erweist sich das Lebensweltkonzept als ambivalent: Es schillert zwischen einer gesellschaftstheoretischen Beschreibung des Alltags und der Binnenperspektive der Bürgerinnen und Bürger. Zudem orientiert sich das Konzept der Lebenswelt zu sehr an der Sprache, und es wird an den Dingen vorbei gedacht.

### 2.2.1.1 *Schwächen der Lebenswelt*

Die Kraft des besseren Arguments bezieht jeden Diskurs notwendigerweise auf „Verständigungsverhältnisse“<sup>359</sup>, die nicht schon diskursiv gestaltet sind. Die Formation dieser Bedingungen interessiert dann nicht nur die Soziologie sondern auch die Rechtstheorie. In allgemeiner Form lautet die Frage: Welche Kraft treibt die Rationalisierung des Alltags an, bei der Handlungssituationen unter einheitliche Gesichtspunkte gebracht werden? Oder: Unter welchen Bedingungen entstehen Institutionen? Die Alternativen sind: Durch die rationale Kraft des besseren Arguments oder durch die Ausweitung der Verständigungsverhältnisse über zunächst begrenzte Handlungs- und Verständigungskontexte hinaus. Rechtstheoretisch muss entsprechend danach gefragt werden, ob die legitimierende Zustimmung Resultat der Einsicht des Publikums ist oder durch Anpassung der Verständigungsverhältnisse bewirkt wird. Antworten auf solche Fragen entscheiden darüber, wie Rationalisierungen der gemeinsamen Welt angegangen werden sollen: durch den unmittelbaren Eingriff in die Handlungskontexte oder durch die Verständigung mit Personen in der Erwartung, diese mögen durch Einsicht ihr Handeln ändern.<sup>360</sup> Nur wenn diese beide Formen erstens unterschieden werden können und zweitens Zustimmung aus rationaler Einsicht rechtsförmig organisiert werden kann, kann die Zustimmung des Publikums in der Rechtstheorie tatsächlich die erhoffte Legitimation des Rechts erzeugen.

---

<sup>359</sup> Habermas (2001a: 35).

<sup>360</sup> Diese Differenzierung wird exemplarisch in der Kritik von Habermas (1981b: 413-419) an Talcott Parsons vorgeführt.



Insgesamt kreisen diese Fragen um die Möglichkeiten, die Formen der Interaktion zu rationalisieren, die in der gemeinsamen Alltagswelt entstehen. Diese Alltagswelt fasst Habermas als Lebenswelt, wobei er der Alltagswelt eine spezifische Deutung gibt; denn die Lebenswelt ist in einer Weise an Sprache orientiert, dass andere vorsprachliche Ordnungen im Alltag kaum erfasst werden können. Dies ist eine konzeptionelle Schwäche der Lebenswelt als Bestandteil des Theoriegebäudes von Habermas, die ich dahingehend vertiefend untersuchen werde, dass alltägliche Überzeugungen und insbesondere Erfahrungen im Umgang mit Dingen nur schwer integrierbar sind. In Habermas' Theoriegebäude wiederum gilt die zentrale Sorge der Schwäche der Lebenswelt – nun als empirisches Phänomen in modernen Gesellschaften.

In der *Theorie des kommunikativen Handelns* beantwortet Habermas die Frage nach der Rationalisierung der Lebenswelt in Anlehnung an die zwei eben genannten Strategien. Die Handlungskontexte werden entweder verändert, indem die Anforderungen funktionalisierter Sozialsysteme vereinheitlicht werden, wodurch die Menschen ihre Selbstbestimmung an die Imperative der Systeme abtreten.<sup>361</sup> Oder aber die Rationalisierung erfolgt durch Kommunikationen, in denen die impliziten Geltungsansprüche explizit gemacht werden. Die Lebenswelt wird dann in einer Weise rationalisiert, dass Geltungsansprüche wechselseitig eingelöst werden. Habermas stellt auf diese Weise zwei unterschiedliche Formen der Rationalisierung einander gegenüber: die Rationalisierung durch die Anforderungen der Systeme einerseits und die Rationalisierung durch das kommunikative Einlösen von Geltungsansprüchen andererseits. Letzteres bedeutet letztlich die Rationalisierung der Lebenswelt durch Diskurse. Diese Anordnung ließe eine Konstellation zu, bei der Diskurs, System (bzw. Organisation) und Lebenswelt (bzw. Institution) ein dreidimensionales Bezugssystem bilden. Doch wie ich deutlich gemacht habe, schillert Habermas' Position bei der Integration der Lebenswelt als eigenständiger Bezugspunkt von Begründungen. Einerseits ist die Lebenswelt stark, da Habermas' Theorie darauf angelegt ist, gerade die Verständigung als kommunikatives Handeln in der Lebenswelt zu schützen, so dass sie als zu schützendes Gut gewissermaßen das Herzstück seiner Theorie bildet. Andererseits wurde bereits offenkundig, dass das Theoriegebäude als Diskurstheorie den lebensweltlich verwurzelten Begründungen keinen angemessenen

---

<sup>361</sup> Mit dieser These von der Kolonialisierung der Lebenswelt führt Habermas drei Aspekte moderner Gesellschaften zusammen: Die Fragmentierung des Alltagsbewusstseins, die Abspaltung der Expertenkulturen von der Alltagspraxis und schließlich das Eindringen

Platz einräumt. Zudem sind die beiden Strategien für Habermas nicht gleichwertig, sondern die Rationalisierung durch Diskurse ist der Rationalisierung durch funktional organisierte Systeme vorzuziehen; denn durch Diskurse geben sich die Menschen ihre Ordnung selbst, während Systeme die Umgebung der Menschen organisieren. In der Folge bilden Diskurs, System und Lebenswelt kein gleichwertiges Bezugssystem, sondern Diskurs und System sind Konkurrenten bei der Rationalisierung einer immer schon schwachen Lebenswelt.

Die Konzeption der Lebenswelt, die ich zunächst eingehender untersuchen möchte, stammt aus der *Theorie des kommunikativen Handelns* und untersucht die Rationalisierung der Lebenswelt aus der Perspektive einer Kommunikationstheorie der Gesellschaft. Diese Analyse ist Aufgabe der Gesellschaftstheorie. Dagegen befasst sich Habermas in der Rechtstheorie von *Faktizität und Geltung* mit der spezifisch rechtsförmigen Rationalisierung der Lebenswelt. Letztlich ist aber die konkrete Rationalisierung nicht Aufgabe der Rechtstheorie, sondern der Bürgerinnen und Bürger selbst. Insofern ergeben sich zwei Sichtweisen auf die Lebens- oder Alltagswelt, die in Habermas' Theoriegebäude Spannungen erzeugen. Die lebensweltliche Rationalität kann laut Habermas die Grenzen einer Situation nur dann überschreiten, wenn die impliziten Geltungsansprüche nicht mehr an der spezifischen Situationsdeutung festgemacht werden, sondern auf die Gegebenheiten der objektiven oder sozialen Welt bezogen werden. Allerdings spricht hier der Gesellschaftstheoretiker Habermas zu den Bürgerinnen und Bürgern, und genau in diesem Übergang besteht das Problem im Konzept der Habermasschen Lebenswelt. Denn in Frage steht, welches das kognitive Bezugssystem der Rationalisierung sein kann. Damit diese Spannungen verständlich werden, ist es vorerst erforderlich, die Lebenswelt als gesellschaftstheoretisches Konzept darzulegen.

Im Anschluss an Edmund Husserl und Alfred Schütz entwirft Habermas die Lebenswelt als nicht problematisierten Hintergrund aller Verständigung.<sup>362</sup> Problematisierungen von Erwartungen, Ansichten oder Kompetenzen erfolgen in der Lebenswelt nur situationsbezogen und müssen immer auf Selbstverständlichkeiten Bezug nehmen, die nicht wiederum reflektiert werden. Die Lebenswelt ist gemäss Habermas den Akteuren fraglos gegeben, kann weder als Ganzes erfasst werden, noch kann sie selbst kontrovers verhandelt werden, hingegen kann sie zerfallen,

---

der Medien Geld und Macht in die lebensweltlichen Handlungsbereiche; Habermas (1981b: 488, 504-547).

wenn die in der Lebenswelt vorausgesetzten Selbstverständlichkeiten nicht mehr gemeinsam geteilt werden.<sup>363</sup> Im Rahmen der Lebenswelt wird Habermas zufolge Rationalität unterstellt, ohne dass die Kriterien für rationales Verhalten selbst wieder thematisiert oder formuliert werden. Im Diskurs sollen die Grenzen der Lebenswelt daher überschritten werden, und diese „als das Ganze der möglichen legitim geregelten interpersonalen Beziehungen“ als „ein zur objektiven Welt komplementäres Bezugssystem“<sup>364</sup> begriffen werden.

Der Grund dafür, dass Habermas diese Grenzziehung so deutlich herausstreicht, ist darin zu sehen, dass er die diskursive Rationalisierung aus Einsicht und rational motivierter Zustimmung von der funktionalistischen Rationalisierung durch Neuordnung des Handlungskontexts klar unterscheiden will. Neuordnungen durch Einsicht richten sich nach der sozialen und objektiven Welt als kognitives Bezugssystem. Wenn dagegen das kognitive Bezugssystem jeder Rationalisierung die schon bestehenden Überzeugungen sind, die als Naturalisierungen ihre eigenen kognitiven Strukturen in sich tragen, dann können die rationale Motivation, die von den Argumenten ausgeht, und die Verständigungsverhältnisse nicht klar voneinander geschieden werden. Habermas' gesellschafts- und rechtstheoretische Sorge ist, dass sich dann nicht unterscheiden lässt, ob die Rationalisierung der Lebensform auf rationaler Einsicht oder auf der Veränderung der Verständigungsverhältnisse beruht.

Die theoretischen Schwierigkeiten, die sich Habermas entgegenstellen, zeigen sich bei den Voraussetzungen, die eine theoretisch gültige Darstellung der Lebenswelt zu erfüllen hätte. Habermas unterscheidet die erzählenden Beschreibungen der Lebenswelt von den theoretischen Erklärungen derselben und versucht, über die erzählende Beschreibung der Lebenswelt hinaus auf eine theoretisch fruchtbarere Ebene zu gelangen:

Mit der Form der Erzählung wählen wir eine Perspektive, die uns »grammatisch«  
nötigt, der Beschreibung ein Alltagskonzept von Lebenswelt als *kognitives Bezugssystem*  
zugrunde zu legen.<sup>365</sup>

Eine solche Erzählung setzt die lebensweltlich verwurzelten Naturalisierungen und deren kognitive Strukturen als „kognitives Bezugssystem“ schlicht voraus. Oder

---

<sup>362</sup> Siehe insbesondere Habermas (1981b: 198-202). Siehe auch Habermas (1981a: 107-113). Allerdings entfernt sich Habermas in seiner sprachphilosophischen Umdeutung erheblich von den Vorläufern.

<sup>363</sup> Dies die Zusammenfassung der Eigenschaften der Lebenswelt, die Habermas (1981b: 198-202) aufzählt.

<sup>364</sup> Habermas (2001a: 40). Vgl. auch Habermas (1991a: 142).

anders: Die Überzeugungen werden nicht hinterfragt. Doch Erzählungen, die Naturalisierungen bereits voraussetzen, befriedigen nicht, wenn erklärt werden soll, wie solche Bezugssysteme ihre Geltungskraft überhaupt entfalten können. Die Geltung selbst wird nicht problematisiert, so dass die Akteure sich nicht Rechenschaft darüber ablegen, ob sie nun aus rationalem oder funktionalem Zwang in der gewohnten Weise handeln. Die Erzählung genügt nicht, weil „sich die narrative Darstellung [der Lebenswelt] auf Innerweltliches bezieht“, dagegen „soll die theoretische Darstellung die Reproduktion der Lebenswelt selbst erklären“<sup>365</sup>. Die Erklärung dieser Reproduktion deckt die Mechanismen auf, mit denen überhaupt Überzeugungen entstehen können. Insbesondere erlauben sie, falsche Überzeugungen zu entlarven, indem die Konstruktion von sekundären Naturwüchsigkeiten oder von Verdinglichungen aufgezeigt wird. Die Entlarvung von Verdinglichungen gibt folglich die Mittel zur Hand, mit denen der Kolonialisierung der Lebenswelt entgegengetreten werden soll.<sup>367</sup>

Umgekehrt werden Überzeugungen, die auf Naturalisierungen und entsprechenden Qualifikationen beruhen, gerade nicht den theoretischen Anforderungen gerecht, zu erläutern, „wie sich die Lebenswelt [behauptet], aus der jede Situation nur einen Ausschnitt bildet“<sup>368</sup>. Schließlich sind die lebensweltlichen Überzeugungen ebenso kontingent wie die zu begründende Lebenswelt selbst. Die Erzählung bleibt für Habermas Teil der symbolischen Reproduktion von Kultur (durch Verständigung und Weitergabe von kulturellem Wissen), Gesellschaft (durch die Handlungskoordination und die soziale Integration in überindividuelle Zusammenhänge) und Person (durch Sozialisation in diese Zusammenhänge und die Ausbildung einer identitätsstiftenden Position gegenüber diesen Zusammenhängen).<sup>369</sup>

Habermas verlangt letztlich die Möglichkeit, die Reproduktion der Lebenswelt durchschauen und erklären zu können. Nach seiner Ansicht kann sie nur auf dieser Grundlage wirklich rationalisiert werden. Denn allein der theoretisch distanzierte Blick von außen erlaubt, rationalen und funktionalen Zwang zu unterscheiden. Freilich entspricht die theoretische Darstellung inhaltlich nicht schon einem Konsens, der aus der Binnenperspektive der Akteure über die richtige Beschreibung der Lebens-

---

<sup>365</sup> Habermas (1981b: 207).

<sup>366</sup> Habermas (1981b: 207).

<sup>367</sup> Siehe dazu die detaillierte Argumentation, in der Habermas (1981b: 489-547; insbesondere 539) ausgehend von Marx und Weber erläutert, wie Bürokratisierung und Monetarisierung dazu führen, dass sich Systemimperative durch Verdinglichung durchsetzen können.

<sup>368</sup> Habermas (1981b: 207).

welt erzielt wird. Doch mittels der theoretischen Darstellung sollen falsche Überzeugungen fassbar gemacht und entlarvt werden können. Die theoretische Darstellung ist nach dieser Ansicht eine notwendige Voraussetzung, damit garantiert werden kann, dass ein Konsens tatsächlich zwanglos zustande gekommen ist.

Die Erzählung kann dagegen nicht die Mechanismen symbolischer Reproduktion selbst erklären. Die Reproduktion vollzieht sich im Medium der Sprache, die sowohl kollektiv beschränkte Naturalisierungen als auch universalisierbare Geltungsansprüche transportiert. Eine sprachphilosophische Deutung der Lebenswelt sollte daher die Möglichkeit bieten, einerseits die Mechanismen der Reproduktion theoretisch freizulegen und andererseits über das soziale Phänomen der Kommunikation mit der Lebenswelt gleichwohl verbunden zu bleiben; denn

indem die Interaktionsteilnehmer ihre Handlungen über die intersubjektive Anerkennung kritisierbarer Geltungsansprüche koordinieren, stützen sie sich auf Zugehörigkeiten zu sozialen Gruppen und bekräftigen gleichzeitig deren Integration.<sup>370</sup>

Die Sprache verbindet die Theorie als Analyse von Geltungsansprüchen mit der Lebenswelt, in denen sozial integrierte Personen miteinander kommunizieren. Habermas unterscheidet deutlich zwischen der Vermittlung kollektiv geteilter Selbstverständlichkeiten sowie kognitiven Strukturen, die eine Bindung gegenüber einer bestimmten Gemeinschaft bestärken, und der Kritisierbarkeit von Geltungsansprüchen. Mit anderen Worten unterscheidet er hier scharf zwischen Kommunikation und Diskurs. Diese Differenz ist indes entscheidend davon abhängig, mit welchen Belegen Geltungsansprüche eingelöst werden können. Denn diese theoretische Differenzierung gelingt nur, wenn der Bezug sowohl auf die objektive wie die soziale Welt nicht bloß formal bleibt. Andernfalls muss doch auf „ein Alltagskonzept von Lebenswelt als *kognitives Bezugssystem*“<sup>371</sup> zurückgekommen werden, das unproblematisierte Überzeugungen und Naturalisierungen enthält.

Dieses Problem verschärft sich, wie bereits deutlich wurde, wenn die Zustimmung des Laienpublikums in politischen Diskursen als notwendige Bedingung der Legitimität des Rechts erwartet wird, wie Habermas in *Faktizität und Geltung* voraussetzt. Denn dann wird entscheidend, welcher Status den kognitiven Strukturen zugestanden wird, die in alltäglichen Kommunikationen vorausgesetzt werden. Nun ergeben sich zwei Sichtweisen auf die Lebens- oder Alltagswelt: die gesellschaftstheoretische Perspektive von außen oder die Innenperspektive der Bürgerinnen und Bürger. Doch

---

<sup>369</sup> Dazu Habermas (1981b: 208f.).

<sup>370</sup> Habermas (1981b: 208).

<sup>371</sup> Habermas (1981b: 207).

aus legitimierungstheoretischen Gründen, d.h. um Konsense auf Zwang hin zu analysieren, möchte Habermas das kognitive Bezugssystem des Alltags durch das theoretisch gereinigte Bezugssystem sozialer und objektiver Welten ersetzen.

Hans Joas kritisiert diese unglückliche Verbindung von Demokratietheorie und Erkenntnistheorie im Habermasschen Konzept der Lebenswelt.<sup>372</sup> Joas führt vor Augen, dass Habermas zwei ganz verschiedene Gedanken mit der theoretischen Rationalisierung der Lebenswelt verbindet: Zum einen lässt sich an eine zunehmend konsensfähige Beschreibung des Alltags denken, während zum anderen eine objektive theoretische Darstellung der Lebenswelt angestrebt wird. Der erste Gedanke schließt an die erzählende Position beispielsweise der Geschichtswissenschaften an, die eine narrative Darstellung lebensweltlicher Zusammenhänge anstreben: „Es entstehen dabei immer neue »Geschichten«, vielleicht auch immer »objektivere« gegenüber der eingeschränkten Perspektive der ursprünglichen Akteure; nie aber wird eine prinzipiell andere Ebene als die der Rekonstruktion auf einem lebensweltlichen Hintergrund erreicht.“<sup>373</sup> Die Möglichkeit, dass immer objektivere Erzählungen erzeugt werden, zeigt, dass diese zumindest vor dem Hintergrund lebensweltlich geteilter Überzeugungen kritisierbar und die Darstellungen insoweit rationalisierbar sind. Habermas genügt dies allerdings noch nicht, auch wenn er betont, dass die Idealisierungen für ideale Sprechsituationen bzw. für Diskurse „die Identität der Teilnehmer und den aus der Lebenswelt stammenden Konfliktstoff unberührt“ lassen.<sup>374</sup> Denn entscheidend sind nicht die Herkunft oder die Eigenschaften des Materials, das rationalisiert werden soll, sondern welches die Quelle ist, aus der gute Gründe für die Rationalisierung der Lebenswelt bezogen werden. Ausschlaggebend ist daher nicht die Herkunft der Teilnehmenden am Diskurs, sondern das Ziel des Diskurses, das eine rationale Lebensform ist und dessen Struktur durch das kognitive Bezugssystem vorgegeben wird.

In diesem Sinn knüpft der andere Gedanke, den Joas hervorhebt, die Rationalisierung der Lebenswelt an die Position des Erkenntnis- und Gesellschaftstheoretikers an, der von außen die Lebenswelt als Gegebenes betrachtet. Die Position ist zunächst formal als sie dazu anhält, über die konkreten Naturalisierungen und kognitiven Strukturen zu reflektieren. Doch gemäss Habermas „soll die theoretische Darstellung die Reproduktion der Lebenswelt selbst erklären“<sup>375</sup>. Die Kommunikations-

---

<sup>372</sup> Siehe Joas (2002: insbesondere 166).

<sup>373</sup> Joas (2002: 168f.).

<sup>374</sup> Habermas (1991a: 163).

<sup>375</sup> Habermas (1981b: 207).

theorie der Gesellschaft, die dieses leisten soll und in der *Theorie des kommunikativen Handelns* ausgebreitet wird, legt die Fähigkeit von Kommunizierenden, sich an Geltungsansprüchen zu orientieren, als Fundament der Reproduktion fest. Diese Fähigkeit von Kommunizierenden versteht Habermas als transzendentalpragmatische Gleichheit, die in Diskursen zur Entfaltung kommt. Sie legt das notwendige Fundament für die symbolische Reproduktion der Lebenswelt.

Wie ich dargelegt habe, ist diese Gleichheit aber nur eine unter vielen (wenngleich eine notwendige), die in Verständigungsprozessen vorausgesetzt werden; denn Lebenswelten oder Verständigungs- und Handlungszusammenhänge stützen sich auf vielfältig qualifizierte Gleichheiten. Die Diskurstheorie und die Kommunikationstheorie der Gesellschaft, die Habermas formuliert, begreifen diese Zusammenhänge unter dem Gesichtspunkt transzendentalpragmatischer Gleichheit zwischen den Kommunizierenden. Diese Theorien erfassen nur eine, wenn auch grundlegende Gleichheit, die in Verständigungsprozessen unterstellt wird, und können daher überhaupt nicht die ganze Lebenswelt fassen. Entsprechend beanstandet Joas gegen Habermas: „Keine Theorie über Veränderungen der kulturellen Reproduktion, sozialen Integration und Sozialisation kann aber den Anspruch erheben, aus einer prinzipiellen Objektivierung *der* Lebenswelt erwachsen zu sein.“<sup>376</sup> Vielmehr handelt es sich um eine klar begrenzte Darstellung, die die Bedingungen von Diskursen zum Ausgangspunkt nimmt und aus dieser Perspektive in das dreidimensionale Bezugssystem aus Diskurs, Organisation und Institution hineinblickt.

### 2.2.1.2 *Lebenswelt und Alltagswelt*

Die Lebenswelt im Verständnis von Habermas darf keineswegs mit dem Alltag des Laienpublikums gleichgesetzt werden. Diese Differenz ergibt sich aus der diskurstheoretischen Perspektive auf das alltägliche Handeln und Kommunizieren. Zusätzlich verdeutlicht wird dies durch den Vergleich mit der Konzeption des Alltags, die Peter Berger und Thomas Luckmann (gemeinsam mit Alfred Schütz)<sup>377</sup> entwickeln. Für Berger und Luckmann ist die „Wirklichkeit der Alltagswelt“ aus phänomenologischer Sicht die „Wirklichkeit par excellence“ und besitzt deswegen eine „Vorrang-

---

<sup>376</sup> Joas (2002: 169f.).

<sup>377</sup> Diese Konzeption findet sich in Berger & Luckmann (1969: 21-48), die eine kompakte Wiedergabe der *Strukturen der Lebenswelt* von Schütz & Luckmann (1994) ist; vgl. Berger & Luckmann (1969: 22 Fn. 2). Obwohl deren Analyse der Alltagswelt Teil einer soziologischen Erläuterung jenes „Wissens, welches das Verhalten in der Alltagswelt reguliert“, ist, stellt die Diskussion des Konzepts der Alltagswelt nach Berger und Luckmann (1969: 21) selbst eine philosophische Grundlegung dar.

stellung“.<sup>378</sup> Diese Wirklichkeit wird „als eine Wirklichkeitsordnung“ erfahren: Erzeugnisse menschlicher Tätigkeit werden fassbar gemacht, indem „Objektivationen“ (insbesondere über Sprache) vermittelt und zugänglich werden.<sup>379</sup> Die Alltagswelt wird zunächst auf zwei Arten erfahren: als „das »Hier« meines Körpers und das »Jetzt« meiner Gegenwart“<sup>380</sup>, „ferner als eine intersubjektive Welt“, in der „ich weiß, dass die Alltagswelt für andere ebenso wirklich ist wie für mich.“<sup>381</sup> In diesen Erfahrungen liegt die Alltagswelt zweifelsfrei vor – oder in den Worten von Habermas: „Die Lebenswelt ist dem erlebenden Subjekt *fraglos* gegeben“<sup>382</sup>.

Die entscheidende Differenz zwischen der Konzeption von Schütz sowie Berger und Luckmann gegenüber Habermas zeigt sich erst, wenn Zweifel aufkommen und die fraglosen Selbstverständlichkeiten problematisiert werden:

Wenn das eintritt, macht die Alltagswelt zunächst Anstrengungen, den problematischen Teil in das, was unproblematisch ist, hereinzuholen.<sup>383</sup>

Laut Berger und Luckmann werden Probleme oder Zweifel so bearbeitet, dass die neue Erfahrung in das Geflecht aus bestehenden Überzeugungen eingearbeitet wird. Der Bezugspunkt der Rationalisierung, auf den hin das Problem bearbeitet wird und in den die Lösung verankert wird, sind die verfügbaren Überzeugungen – also „ein Alltagskonzept von Lebenswelt als *kognitives Bezugssystem*“<sup>384</sup>. Sollte es allerdings nicht möglich sein, dieses Geflecht wiederherzustellen, wenn beispielsweise die Alltagsroutinen komplett versagen, um das Verhalten Anderer plausibel zu machen, dann liegt ein gänzlich anderes Phänomen vor: Die Anderen sind dann in radikaler Weise aus dem sozialen Raum buchstäblich verrückt und teilen nur noch den geographischen und zeitlichen Handlungsraum. Ein solches Phänomen „überschreitet die Grenzen der Alltagswelt-Wirklichkeit und weist auf eine total andere Wirklichkeit hin.“<sup>385</sup> Der radikale Zweifel ist demzufolge nicht mehr eine alltägliche Reaktion auf auftretende Probleme, während Problematisierungen von Überzeugungen im Rahmen einer gemeinsamen Alltagswelt lösbar bleiben.

Dagegen fallen bei Habermas der radikale Zweifel und die Problematisierung von Überzeugungen ineins. Solange Habermas die Gründe, mit denen Geltungsansprüche eingelöst werden, an etwas festmachen will, das sich jenseits der Grenzen der

---

<sup>378</sup> Berger & Luckmann (1969: 24).

<sup>379</sup> Berger & Luckmann (1969: 24).

<sup>380</sup> Berger & Luckmann (1969: 25).

<sup>381</sup> Berger & Luckmann (1969: 25).

<sup>382</sup> Habermas (1981b: 198).

<sup>383</sup> Berger & Luckmann (1969: 27).

<sup>384</sup> Habermas (1981b: 207).



Lebenswelt befindet, werden Probleme nicht mit Bezug auf eine gemeinsam geteilte Lebens- oder Alltagswelt gelöst. Die „auf Distanz gebrachte Lebenswelt“<sup>386</sup> muss theoretisch, d.h. im Rahmen des kognitiven Bezugssystems aus objektiver und sozialer Welt, erfasst werden, so dass „die gelebte Welt der kommunikativen Alltagspraxis sozusagen aus einer artifiziellen Retrospektive [wahrgenommen]“<sup>387</sup> wird. Im Diskurs „erscheint die Normativität der bestehenden Institutionen ebenso gebrochen wie die Objektivität der Dinge und Ereignisse“<sup>388</sup>; oder anders: Die Welt erscheint nicht mehr als selbstverständlich sondern wird im Sinn von Berger und Luckmann ent- oder gar verrückt, indem eine theoretische Position außerhalb der Alltagswirklichkeit eingenommen wird.

Doch solche Situationen, in denen die Wirklichkeit keineswegs mehr selbstverständlich erscheint, sind für moderne Gesellschaften durchaus kennzeichnend, da Arbeitsteilung und Spezialwissen ihre eigenen Typisierungen und Objektivationen erzeugen. Insofern kehrt Habermas den Spieß gewissermaßen um, indem er nicht sogleich voraussetzt, dass die Überzeugungen eine gemeinsame Welt wiedergeben, sondern danach fragt, wie denn Verständigung trotz divergierender Überzeugungen möglich bleibt. Für Berger und Luckmann sind diese anderen Wirklichkeiten sehr wohl erschließbar, aber immer ausgehend von der gemeinsamen Alltagswelt. Auf diese Weise erscheinen diese gesonderten Wirklichkeiten „als umgrenzte Sinnprovinzen“ oder als „Enklaven in der obersten Wirklichkeit“, deren „Grenzen [...] durch fest umzirkelte Bedeutungs- und Erfahrungsweisen [markiert sind]“.<sup>389</sup> Die Verständigung greift daher nicht bloß auf Sprache als Medium zurück, um in der Sprache über die Welt zu sprechen und Geltungsansprüche einzulösen, wie dies Habermas' Diskurstheorie vorsieht. Vielmehr schließt der Bezug auf die Sprache auch die sprachlich vermittelten Überzeugungen ein:

Die Allerwelts- und Umgangssprache, die mir zur Objektivation meiner Erfahrung zur Verfügung steht, gründet in der Alltagswelt und greift immer auf sie zurück, auch wenn ich mit ihr »Enklavenerlebnisse« »bespreche«.<sup>390</sup>

Mit anderen Worten lassen sich gemäss Berger und Luckmann die Verständigungsverhältnisse und Überzeugungen nicht aus der Sprache als Medium herauslösen. Im Gegenteil bedeutet Sprache zu verwenden, stetig an solche Erfahrungen anzuknüp-

---

<sup>385</sup> Berger & Luckmann (1969: 27).

<sup>386</sup> Habermas (1991b: 38).

<sup>387</sup> Habermas (1991b: 37).

<sup>388</sup> Habermas (1991b: 37).

<sup>389</sup> Berger & Luckmann (1969: 28).

<sup>390</sup> Berger & Luckmann (1969: 28).

fen und diese zu vermitteln. Die Sprache bezieht ihre Inhalte aus „Typisierungen“, die in den Interaktionen mit anderen entwickelt werden und mit zunehmender „Anonymität“ der anderen von den Bedingungen der unmittelbaren „Vis-à-vis-Situation“ unabhängig werden.<sup>391</sup> Zuletzt wird die „gesellschaftliche Wirklichkeit der Alltagswelt [...] als ein kohärentes dynamisches Gebilde von Typisierungen wahrgenommen, welche umso anonymer werden, je mehr sie sich vom »Jetzt und Hier« der Vis-à-vis-Situation entfernen.“<sup>392</sup> Diese zunehmende Unabhängigkeit bedeutet aber keineswegs, dass die Sprache einen gleichsam theoretisierenden Sprung über die Grenzen gelebter Alltagswelten hinaus machen kann. Das kognitive Bezugssystem wird immer aus Typisierungen gebildet, die aus Interaktionen entstehen und soziale Räume eröffnen. Dieser Raum und nicht die theoretische objektive oder soziale Welt entfalten die Bezugspunkte der Argumentation.

Mit der Sprache können Typisierungen und Objektivationen über die konkreten Situationen hinaus festgehalten werden.<sup>393</sup> Sprache ist folglich auch für Berger und Luckmann das entscheidende Medium für die Reproduktion; denn die „allgemeinen und gemeinsamen Objektivationen der Alltagswelt behaupten sich im wesentlichen durch ihre Versprachlichung“<sup>394</sup>. Doch sie unterscheiden nicht, wie dies Habermas tut, zwischen Sprache als Kommunikation und Sprache als Diskurs. Deshalb fehlt ihnen ein Kriterium für die Gültigkeit von Geltungsansprüchen, das unabhängig von der Praxis formuliert werden kann. Für Berger und Luckmann wird die „Gültigkeit“ des „Wissens in und über die Alltagswelt“ allein innerweltlich garantiert, indem die Akteure eine gemeinsame Praxis aufrechterhalten.<sup>395</sup> Die Sprache greift zwar über die konkreten Situationen hinaus, doch sie findet im Falle des Zweifels keinen sicheren Halt in einer absoluten Beschreibung außerhalb der Alltagswelt,<sup>396</sup> die durch eine „theoretische Darstellung die Reproduktion der Lebenswelt selbst erklären“<sup>397</sup> soll, wie Habermas postuliert.

Berger und Luckmann unterstellen zwar, dass die Alltagswelt als „ein kohärentes dynamisches Gebilde von Typisierungen“<sup>398</sup> wahrgenommen wird. Doch diese Wahrnehmung beruht auf einem Verständnis der Institutionen und ihrer Zusam-

---

<sup>391</sup> Ausführlich dazu Berger & Luckmann (1969: 31-36).

<sup>392</sup> Berger & Luckmann (1969: 36).

<sup>393</sup> Dazu ausführlich Berger & Luckmann (1969: 36-48).

<sup>394</sup> Berger & Luckmann (1969: 39).

<sup>395</sup> Siehe dazu Berger & Luckmann (1969: 45)

<sup>396</sup> Vgl. zu dieser Position von Berger und Luckmann die philosophisch vermutlich etwas ausgereifere Darstellung des internen Realismus bei Putnam (1991: 199-204).

<sup>397</sup> Habermas (1981b: 207).

<sup>398</sup> Berger & Luckmann (1969: 36).

menhänge; hingegen ist sie nicht als explizite theoretische Darstellung gemeint. Im Gegenteil wird die Alltagswelt als Ganzes niemals durchsichtig:

Die Wirklichkeit der Alltagswelt erscheint uns immer als eine Zone der Helligkeit vor einem dunklen Hintergrund. [...] Es geht immer etwas »hinter meinem Rücken« vor.<sup>399</sup>

Die Feststellung, dass die Wirklichkeit der Alltagswelt immer beschränkt ist, nimmt auch Habermas auf.<sup>400</sup> Doch Berger und Luckmann fassen dieses Problem so auf, dass die Handlungsstränge, die eine Gesellschaft durchziehen, niemals in einem einzigen Zusammenhang erfasst werden können, da aufgrund der Arbeitsteilung und der Ausdifferenzierung von Spezialwissen eine solche Darstellung gar nicht möglich ist, so dass Entscheidungen und Handlungen, deren Folgen von Bedeutung sein können, sich gewissermaßen hinter dem Rücken abspielen.

Dagegen fasst Habermas das Problem, die Lebenswelt als Ganze zu begreifen, gesellschafts- und erkenntnistheoretisch, sobald er eine theoretische Darstellung der Lebenswelt fordert. Doch damit handelt sich Habermas die bereits angesprochenen, theoretischen Schwierigkeiten ein. Denn die Lebenswelt theoretisch als Ganzes zu begreifen, bedeutet, dass die Vielfalt der Typisierungen nicht nur in einen kohärenten institutionellen Zusammenhang gebracht wird, sondern auch eine logisch konsistente, theoretische Darstellung erzeugt wird. Das bedeutet aber, dass die Perspektive der Darstellung gesetzt werden muss; denn sie kann nicht „einer prinzipiellen Objektivierung der Lebenswelt erwachsen [...] sein“<sup>401</sup>. So sieht sich Habermas mit einem Dilemma konfrontiert: Er möchte zwanglose Konsense und solche, die auf Manipulation beruhen, unterscheiden können; doch dazu müsste das alltägliche kognitive Bezugssystem von Überzeugungen gereinigt werden können, indem im Diskurs das kognitive Bezugssystem aus objektiver und sozialer Welt maßgeblich wird. Das Bezugssystem müsste den Teilnehmenden an Diskursen vorgeschrieben werden. Doch wenn eine solche Setzung unvermeidlich wird, dann besitzt der Diskurs Charakteristika einer totalen Institution, bei der die kognitive Perspektive auf die Probleme und auf die möglichen Erklärungen eindimensional vorgegeben ist. Unter der Voraussetzung, dass „die Institutionalisierung total ist“, „gäbe es *nur* gemeinsame Probleme, deren Lösungen gesellschaftlich objektiviert werden, und *alle* gesellschaftlichen Tätigkeiten wären institutionalisiert.“<sup>402</sup> Wenn Habermas mit dem Diskurs eine Argumentationsform vorschweben sollte, in der

<sup>399</sup> Berger & Luckmann (1969: 46).

<sup>400</sup> Siehe etwa Habermas (1981b: 199, 201f.).

<sup>401</sup> Joas (2002: 169f.).

Geltungsansprüche nur durch Evidenzen aus der objektiven oder sozialen Welt eingelöst werden können, dann erweist sich die Idee des Diskurses als eine Konzeption totaler Institutionalisierung.<sup>403</sup> Habermas kann daher in der Rechtstheorie nicht an dem Konzept der Lebenswelt festhalten, wie er es in der Kommunikationstheorie der Gesellschaft entwickelt hat.

Die Differenz zwischen der Außenperspektive der Gesellschafts- und Rechtstheorie im Unterschied zur Innenperspektive der Bürgerinnen und Bürger ist entscheidend für die Entkräftung des Einwands der totalen Institutionalisierung gegen Habermas.<sup>404</sup> Tatsächlich ist sein Ansatz weit entfernt von einem derartigen Ansinnen, da er die rechtlich besiegelte Gesellschaftsordnung immer nur als ein historisch kontingentes Ergebnis der Aushandlungen zwischen privater und öffentlicher Autonomie durch die Betroffenen versteht.<sup>405</sup> Die Kommunikationstheorie der Gesellschaft sowie die Diskurstheorie des Rechts legen allein die Bedingungen fest, unter denen Handlungskoordinationen überhaupt möglich sind oder verbindlich festgesetzt werden können. Die konkret vorgebrachten Begründungen sollen durch diese Theorien nur einen Rahmen erhalten, nicht aber inhaltlich vorgeschrieben sein. Die Diskurstheorie des Rechts kann nur vorschreiben, dass die Entscheidungen nicht unter Zwang zustande kommen. Hingegen kann sie weder das kognitive Bezugssystem vorgeben noch kann sie Kriterien für Zwanglosigkeit festlegen; denn auch dies haben die Betroffenen selbst zu bestimmen. Mit anderen Worten: Die Diskurstheorie kann nicht vorgeben, nach welchen Kriterien Geltungsansprüche eingelöst und geordnet werden. Sie kann nur als notwendige Bedingung formulieren, dass die wechselseitige Begründung zwanglos erfolge.

Da die autonome Selbstgesetzgebung in einem Kontext koordiniert werden muss, der bereits Verständigungs- und Handlungszusammenhänge ausgebildet hat, werden Diskurse immer auch im Wechselspiel mit Konventionen institutionalisiert.<sup>406</sup> Das bedeutet erstens, dass immer auch Überzeugungen in die angemessene Organisation der Diskurse einfließen. Historisch kontingente Überzeugungen tragen die

---

<sup>402</sup> Berger & Luckmann (1969: 84f.).

<sup>403</sup> Vgl. auch die Kritik von Joas (2002: 166-170).

<sup>404</sup> Vgl. hier die Ausführung zu diesem Perspektivenwechsel in Habermas (1992: 160-162).

<sup>405</sup> Vgl. dazu beispielsweise die Argumentation in Habermas (1996: 87-94).

<sup>406</sup> Es genügt, dass die Bedingungen der idealen Sprechsituation hinreichend verwirklicht werden, insofern „muss man die Diskursregeln sorgfältig von den Konventionen unterscheiden, die der Institutionalisierung von Diskursen, also dazu dienen, den idealen Gehalt der Argumentationsvoraussetzungen unter empirischen Bedingungen zur Geltung zu bringen.“ Habermas (1983: 102).

„Relevanzstrukturen“ in sich, nach denen Wissen gegliedert und verteilt wird.<sup>407</sup> Darin enthalten ist auch das Wissen um Qualifikationen von Dingen und Personen in spezifischen Handlungskontexten. Die Wahl der Relevanzstrukturen bestimmt folglich, welche Qualifikationen in den Handlungskoordinationen vorausgesetzt werden. Zweitens bieten sich in differenzierten modernen Gesellschaften verschiedenste Institutionen mit ihren dazugehörigen Qualifikationen an. Manche werden von Organisationen der Zivilgesellschaft gestärkt und öffentlich artikuliert. Welche Qualifikationen unterstellt werden können, ist jedoch vor dem Hintergrund eines Pluralismus der Ordnungen immer wieder umstritten. Tatsächlich wird die moderne Alltagswelt nicht durch eine homogene Alltagswirklichkeit bestimmt, sondern zerfällt in verschiedene Wirklichkeiten.

Da die Rationalisierung mit Blick auf ein objektiv gegebenes kognitives Bezugssystem nicht möglich erscheint, muss beantwortet werden, wie Kohärenz über differenzierte Verständigungs- und Handlungszusammenhänge hinweg hergestellt werden kann. Berger und Luckmann betrachten Kohärenz als Organisationsproblem und nicht als erkenntnis- oder gar demokratietheoretisches Problem. Die „zunehmende Autonomie“ der „Subsinnwelten“,<sup>408</sup> die sich nicht unmittelbar in die Alltagswirklichkeiten einfügen, erzeugt beispielsweise Probleme, wie sie von Habermas als Entkoppelung der Expertenkulturen beschrieben wurden. Aber auch die staatliche Verteilung von Ressourcen und von Anerkennung angesichts mannigfaltiger, teilweise konkurrierender Subsinnwelten schafft Herausforderungen für die Rechtfertigung.<sup>409</sup> Die spezifische „Doppelproblematik der Rechtfertigung“<sup>410</sup> wird von Berger und Luckmann funktionalistisch gelöst. Die Aufgabe besteht darin, für ausdifferenzierte Handlungsweisen mit ihren Subsinnwelten von den anderen Akteuren ausreichend Anerkennung zu gewinnen, damit sie sich überhaupt bilden oder gar weiter bestehen können. Diese wechselseitige Abhängigkeit beschreiben Berger und Luckmann an einem Beispiel, das typisch für die Ausbildung von Spezialwissen ist:

Man kann nicht einfach eine Subsinnwelt der Medizin schaffen. Der Laie muss vielmehr von ihrer Richtigkeit und Wohltätigkeit für ihn überzeugt sein, und die Ärzte andererseits müssen lernen, sich an ihre ungeschriebenen Gesetze zu halten.<sup>411</sup>

---

<sup>407</sup> Dazu Berger & Luckmann (1969: 46-48).

<sup>408</sup> Siehe dazu Berger & Luckmann (1969: 93).

<sup>409</sup> So Berger & Luckmann (1969: 91).

<sup>410</sup> Berger & Luckmann (1969: 93).

<sup>411</sup> Berger & Luckmann (1969: 93).

Das Beispiel veranschaulicht, dass die Praxis ihre Gültigkeit auch gegenüber anderen ausweisen muss; insbesondere ist dies natürlich dann erforderlich, wenn die Zustimmung von potentiellen Nutznießern erfolgen sollte. Insofern kehrt hier die notwendige Zustimmung des Publikums wieder. Doch der Hinweis auf die ungeschriebenen Gesetze der Ärzte mit den darauf folgenden Erläuterungen zeigt, dass die Zustimmung auch manipulativ erreicht werden kann. Ärzte, so erläutern Berger und Luckmann, halten Patienten „einschüchternde Bilder eines Leibesschicksals“ vor, erinnern an den „Horror vor Krankheit und Tod“ und greifen insofern bei ihrer Überzeugungsarbeit auf „die uralten Symbole von Macht und Geheimnis“ zurück.<sup>412</sup> Ein solches Verhältnis zwischen Ärzten und Laien ist (sofern es denn zutrifft) stoßend. Diese Feststellung führt zum Ausgangsproblem zurück, dass die Rationalisierung des Alltags oder die Zustimmung des Laienpublikums als Resultat eines rationalen Einverständnisses gelten sollte. Daher erscheint die Einflussnahme auf die Öffentlichkeit mittels Manipulation unzulässig.

### 2.2.1.3 *An den Dingen vorbei gedacht*

Das Ausgangsproblem ist keineswegs gelöst, doch lässt es sich nunmehr differenzierter darstellen. Es zeigt sich, dass keiner der dargelegten Konzeptionen die Rationalisierung des Alltags theoretisch befriedigend darstellen kann und gleichzeitig der Zustimmung des Publikums sicher sein kann. Das ist auch nicht anders zu erwarten, da sich das dreidimensionale Bezugssystem aus Diskurs, Organisation und Institution nicht auf einen Punkt reduzieren lässt; oder mit Joas gesprochen: Die „Objektivierung der Lebenswelt“<sup>413</sup> ist eine theoretische Fiktion.

Ich habe drei theoretische Ansätze aufgezeigt, mit denen die Rationalisierung des Alltags und der gemeinsamen Handlungskoordination erklärt werden: Die gesellschaftstheoretische Analyse der Lebenswelt versucht im Sinn von Habermas' Kommunikationstheorie der Gesellschaft die Reproduktion der Alltagswelt zu erklären. Es zeigen sich zwei Mechanismen: Funktionen zuweisende Organisation und kommunikative Verständigung. Da die Alltagswelt nur dann verfügbar und gestaltbar wird, wenn sie durch die Verständigung zur kommunikativ erzeugten Lebenswelt wird, sollen die Strukturen von Organisationen in Diskursen hinterfragbar werden. Der Diskurs hat unter dieser Perspektive zum Ziel, organisierte Überzeugungen in haltbare und falsche Überzeugungen (wie beispielsweise sekundäre Naturwüchsig-

---

<sup>412</sup> In diesem Sinn Berger & Luckmann (1969: 93).

<sup>413</sup> Joas (2002: 169f.).

keiten) zu unterscheiden. Die gesellschaftstheoretische Analyse soll also gemäß Habermas organisierten Alltag in diskursiv geläuterten Alltag überführen. Doch dieser Ansatz erzeugt Probleme für die rechtliche Rationalisierung des Alltags und deren rechtstheoretische Analyse: Da die Zustimmung zur Rechtsordnung von der Rechtsgemeinschaft und nicht von Sachverständigen der Rechtstheorie gegeben werden muss, kann das ausschlaggebende kognitive Bezugssystem nicht vorgeschrieben werden. Obwohl die Zustimmung unter diskursiven Bedingungen gegeben werden soll, kann nicht garantiert werden, dass das tradierte Bezugssystem nicht Zwänge auferlegt, die den Teilnehmenden am Diskurs verborgen geblieben sind. Möglicherweise treffen sie ihre Entscheidung – aus Sicht der Gesellschaftstheorie – gestützt auf falsche Überzeugungen. Die Rechtstheorie muss daher gezwungenermaßen eine idealisierte Form von Diskursen in die gelebte Tradition bestehender Institutionen einbetten. Hierfür ist eine phänomenologische Analyse der Alltagswirklichkeit hilfreich, wie sie von Berger und Luckmann vorgenommen wird. Sie zeigen, wie Institutionen mittels Vergegenständlichungen und Typisierungen aus persönlichen Interaktionen erwachsen und eine umfassende Alltagswirklichkeit aufbauen. Allerdings stellt sich ihnen das Problem, dass auch konkurrierende Wirklichkeiten entstehen, so dass das gemeinsame Alltagsverständnis in mannigfaltig organisierte Spezialwirklichkeiten zerfällt. Insofern diese Differenzierung in modernen Gesellschaften durch funktionalisierte Arbeitsteilungen ausgelöst wird, wird Kohärenz durch den Abbau dysfunktionaler Spannungen, nicht aber durch Einsicht in die Alltagswelt als Ganzes erzeugt. Institutionen werden in der Folge funktional organisiert, aber nicht aus Einsicht gestaltet. Die Organisationen könnten daher wiederum gesellschaftstheoretisch auf die trügerischen Zwänge hin untersucht werden, die den Akteuren auferlegt werden usw.

Meine Darstellung erzeugt eine Kreisbewegung innerhalb des dreidimensionalen Bezugssystems aus Diskurs, Institution und Organisation. Jede der drei theoretischen Analysen löst ein Problem, reicht aber eine neue Schwierigkeit an die nächste Analyse weiter. Die Frage, wie der Alltag rationalisiert wird, war allerdings selbst nicht der eigentliche Ausgangspunkt. Vielmehr wollte ich durch die Diskussion dieser theoretischen Ansätze klären, ob der spezifisch epistemische Machttypus, der mit Qualifikationen verbunden ist, nicht eleganter gelöst werden könnte, indem ich mich auf das Lebensweltkonzept von Habermas stütze. Ich hoffe, gezeigt zu haben, dass dieses Konzept erstens zwischen Gesellschafts- und Rechtstheorie schillert und dass es zweitens im entscheidenden Punkt unzureichend ist. Denn die theoretischen

Schwierigkeiten, die sich daraus ergaben, welches kognitive Bezugssystem nun zu Grunde gelegt werden darf, zeigen auf, dass die Frage, wie mit Qualifikationen im Recht umgegangen werden sollte, durch die Konzeption von Habermas gerade nicht adäquat gelöst werden kann. Denn die Qualifikationen stellen kognitive Bezugssysteme dar, die Kompetenzen von Personen und die Eigenschaften von Dingen festlegen. Habermas' Konzeption der Lebenswelt bekundet aber gerade die größten Schwierigkeiten damit, den kognitiven Rahmen für Diskurse festzulegen.

Die Orientierung an Geltungsansprüchen in der Sprache schafft kein substantielles Bezugssystem, sondern gibt allein ein Raster für die gesellschaftstheoretische Analyse vor, das sich an formale Weltbezüge hält. Die sprachphilosophische Ausrichtung der Gesellschaftstheorie birgt den zusätzlichen Nachteil, dass nicht versprachlichte Handlungsbedingungen in dieses Raster eingepasst werden müssen: Objekte sind entweder Symbole oder einfach Dinge. Als Symbole analysiert, sollen ihre impliziten Geltungsansprüche herausgearbeitet werden, die durch Verdinglichung scheinbar faktisch geworden sind. Als bloße Dinge wiederum sind sie pragmatischen Überlegungen im Rahmen der materiellen Reproduktion unterworfen. Der Umstand, dass durch Qualifikationen den Dingen Eigenschaften zugesprochen werden, damit überhaupt eine Handlungskoordination möglich wird, bleibt unbeachtet. So wird jede Verdinglichung zum Kandidaten für falsche Überzeugungen, die auf eine illegitime Machtentfaltung hinweisen. Dabei geht vergessen, was ich bereits bei der Diskussion naturalisierter Gleichheit als notwendige Bedingung von Institutionen herausgestellt habe: Die kognitiven Strukturen, die gemäss Douglas durch Naturalisierungen gefestigt werden, erzeugen Gleichheiten, die für eine stabile Handlungskoordination unabdingbar sind. Dagegen werden sekundäre Naturwüchsigkeiten oder Verdinglichungen immer als Sinnwelten gedeutet, die nur scheinbar unantastbar sind und hinter denen sich Bürokratien oder Marktmechanismen verbergen. Deshalb sollen Verdinglichungen so analysiert werden, dass ihre Konstruktion aus primären Naturen und Interessen zum Vorschein kommt.<sup>414</sup> Abwegig ist

---

<sup>414</sup> Die gesellschaftliche Entwicklung wird als Dialektik zwischen normativen Verständigungen und technokratischen Verdinglichungen untersucht. Vgl. dazu schon Habermas (1968: 91), der die Ideologie des technokratischen Bewusstseins in dieser Hinsicht kritisiert: „Die neue Ideologie verletzt mithin ein Interesse, das an einer der beiden fundamentalen Bedingungen unserer kulturellen Existenz haftet: an Sprache, genauer an der durch umgangssprachliche Kommunikation bestimmten Form der Vergesellschaftung und Individuierung. Dieses Interesse erstreckt sich auf die Erhaltung einer intersubjektivität der Verständigung ebenso wie auf die Herstellung einer von Herrschaft freien Kommunikation. Das technokratische Bewusstsein lässt dieses praktische Interesse hinter dem an der Erweiterung unserer technischen Verfügungsgewalt verschwinden.“



dabei nicht die Vermutung, dass Verwaltungen oder ökonomische Anforderungen ihre eigenen Naturalisierungen stärken, sondern dass Naturalisierungen nicht ebenso schon in der Alltagswelt anzutreffen sind. Schließlich gehört der Umgang mit Dingen und Technologien zum Alltag und entfaltet dort seine eigenen Wirklichkeiten.

Karl Hörning beklagt die sprachtheoretische Umformung der Lebenswelt, wodurch Habermas „die vorsprachlichten und nicht versprachlichten kulturellen Gegebenheiten beiseite schiebt, um sich lediglich um die Modi zu kümmern, in denen man *über* die Welt kommuniziert“.<sup>415</sup> Diese nicht versprachlichten Gegebenheiten treten im Umgang mit Dingen und insbesondere mit technischen Geräten und Aggregaten hervor. Letztere sind immer auch „»Kulturobjekte«“ oder „Träger für kollektive Wertvorstellungen, [sie] wirken selbst an kulturspezifischen Stilprägungen mit und befördern Weltbilder.“<sup>416</sup> Wenn allerdings diese Gegebenheiten nicht versprachlicht sind, dann lassen sich die Mechanismen, mit denen technische Geräte und Technologien Kultur reproduzieren nicht auf sprachliche Verständigungsprozesse reduzieren. Ebenso wenig lassen sich Technologien als Kulturobjekte allein auf die materielle Reproduktion reduzieren, die sich laut Habermas im pragmatischen Handeln vollzieht.<sup>417</sup> Denn der Raster, der symbolische und materielle Reproduktion unterscheidet, gilt allein für eine bestimmte Form der Gesellschaftsanalyse. Für die Innenperspektive muss diese Unterscheidung so nicht gelten. Wenn der Alltag durch die Verknüpfung vielfältiger Handlungsordnungen beschrieben wird, dann treten die Qualifikationen von Personen und von Dingen in den Vordergrund. Technologien qualifizieren als Handlungsordnungen Personen und Dinge, so dass sie kollektive Wertvorstellungen und kognitive Strukturen verbreiten, die Stile einer Kultur prägen und Weltbilder befördern. Aus dem Blickwinkel der Institution werden Technologien zu einem gesellschaftlich wirksamen Teil der Kultur, aus der heraus das Laienpublikum Technologien beurteilt.

Die Lebenswelt ist als theoretisches Konzept ungeeignet, weil es im Theoriegebäude von Habermas ambivalent bleibt je nach dem, ob es in die Kommunikationstheorie der Gesellschaft oder in die Diskurstheorie des Rechts eingepasst werden soll. Aber in beiden Fällen ist zu beklagen, dass Handlungskoordinationen nur durch Einlösung von Geltungsansprüchen erzielt werden sollen. So werden die nicht versprachlichten Gegebenheiten des Alltags vernachlässigt, so dass die Gestaltung des Alltags – nun verstanden als Netz von Handlungsordnungen – nur noch dort theoretische

---

<sup>415</sup> Hörning (2001: 33).

<sup>416</sup> Hörning (2001: 44).

Beachtung findet, wo sie sprachlich artikuliert wird, nicht aber dort wo sie effizient organisiert oder in geteilten kognitiven Strukturen naturalisiert wird. Beides, die effiziente Organisation wie auch die Naturalisierung, wird durch Technologien und deren Automatismen geleistet und verbreitet.<sup>418</sup> Wenn sich daher Habermas allein auf die funktionalisierten Systeme der Gesellschaft als Gefahr für die Unversehrtheit der Lebenswelt versteift, dann übersieht er die Herausforderungen, denen sich die Gesellschaft aufgrund der Verbreitung von Technologien und deren Handlungsordnungen stellen muss.

### 2.2.2 *Drei Handlungsordnungen und der Umgang mit Dingen*

Der Bezug zu den Dingen ist im Alltag bereits vielfältig und wird nicht durch eine spezifische praktische Haltung, wie beispielsweise Effizienzmaximierung, bestimmt. In dieser Weise ist die pragmatische Einstellung gegenüber der Umwelt, die im Begriff der Handlungsordnung enthalten ist, nicht einförmig,<sup>419</sup> sondern wird von Boltanski und Thévenot nach drei verschiedenen Formen der Bezugnahme auf den Handlungskontext unterschieden. Diese erinnern an Habermas' Differenzierung zwischen Lebenswelt, System und Diskurs, doch im Unterschied zu Habermas bilden die kognitiven Strukturen, mit denen Personen und Dinge geordnet werden, den Hauptbezugspunkt. Die drei Formen der Handlungsordnungen werden also von der Institution her gedacht, während Habermas' Unterscheidung zwischen Lebenswelt, System und Diskurs ausgehend von den diskursiv einlösbaren Geltungsansprüchen her entwickelt wird.

Im Gegensatz zu funktionalen Systemen der Gesellschaft wie Markt, Politik oder Wissenschaft schließen die Handlungsordnungen nicht eine neben der anderen an, sondern sie können sich überlagern. Das bedeutet, dass eine Situation nicht zum vornherein eindeutig einem sozialen Bereich zugewiesen wird, sondern dieselbe Situation wird sehr wohl anhand verschiedener Handlungsordnungen beurteilt. Boltanski und Thévenot führen ein sehr einfaches Beispiel vor, wie verschiedene Handlungsordnungen auf denselben Handlungskontext angewendet werden: Sie bitten

---

<sup>417</sup> Siehe zur materiellen Reproduktion in der Lebenswelt Habermas (1981b: 209f.).

<sup>418</sup> In dieser Weise definiert Luhmann Technik: "Der Begriff der Technik soll sehr formal definiert sein als feste Koppelung von kausalen Elementen, gleichviel auf welcher materiellen Basis diese Koppelung beruht. Dieser Begriff schließt menschliches Verhalten ein, sofern es "automatisch" abläuft und nicht durch Entscheidungen unterbrochen wird." Luhmann (2000: 370). Vgl. dagegen die üblichere Unterscheidung zwischen dem „Sachsystem“ und der „Menge menschlicher Handlungen“ im Entstehungs- und Anwendungskontext beispielsweise bei Ropohl (1991: 18).

darum, sich vorzustellen, die einem selbst vertraute, eigene Wohnung einer anderen Person während der eigenen Abwesenheit zu überlassen. Die übliche Reaktion darauf ist, so Boltanski und Thévenot, dass die vertraute Umgebung – zumindest in der Vorstellung – umgeräumt und neu geordnet wird, und zwar in einer Weise, wie es für eine Wohnung richtig erscheinen mag. Anordnungen von Möbeln und Geräten, oder der Platz, wo Zeitungen, Bücher, die Fernbedienungen platziert werden, an die sich die Besitzer gewöhnt haben und die ihnen vertraut sind, werden aufgegeben und abgeändert zugunsten einer Ordnung, die gemeinhin anerkannt und funktional sinnvoll erscheint.

What counts as 'good working order' is supposed to be common knowledge, but no warranty of any sort can lead to a more precise qualification. Everyday narrative use of language, with its loose denomination of actions and objects, is sufficient to monitor the propriety of the engagement.<sup>420</sup>

Die alltägliche Kommunikation über die zweckmäßige Anordnung und den sinnvollen Umgang mit Dingen stützen das Wissen über eine gut funktionierende Ordnung. Die Annahmen, nach denen die Wohnung neu hergerichtet wird, bilden eine kognitive Struktur, die die Institution Wohnung festlegen.

Angenommen die aufgeräumte und ordentlich hergerichtete Wohnung genügt den Ansprüchen der anderen Person trotz all dieser Veränderungen nicht, dann stellt diese das Alltagswissen bezüglich einer aufgeräumten Wohnung in Frage und implizite Annahmen müssen explizit gemacht werden:

Should the dispute grow, both parties would go beyond the implicit assumptions of an object in "good working order." They would begin to refer to general principles of efficiency (of the car handle), or safety (of the water-heater), or market price (of the books), or patrimony (of the antique armchair), to justify their claims.<sup>421</sup>

Die Argumente machen, so Thévenot, anerkannte Prinzipien stark. In diesem Sinn verweisen die beiden Kontrahenten nicht auf schlechterdings objektive Gegebenheiten, sondern sie berufen sich auf grundlegendere Prinzipien, wie Handlungskontexte gestaltet werden sollen. Diese allgemeineren Prinzipien wie technische Effizienz, Sicherheit, Preis, oder Vermächtnis gestalten unterschiedliche Rechtfertigungsordnungen (*cité, orders of worth*).<sup>422</sup>

Die drei Stufen, die in diesem einfachen Beispiel durchlaufen werden, sind: die Handlungsordnung der Vertrautheit (*regime of familiarity*), die Handlungsordnung

<sup>419</sup> In diesem Sinn Thévenot (2001a: 68).

<sup>420</sup> Thévenot (2001a: 63)

<sup>421</sup> Thévenot (2001a: 64)

normal geplanter Handlungen (*regime of regular planned action*) sowie die Handlungsordnung der Rechtfertigung (oder einfach Rechtfertigungsordnung, (*public regime of justification*)). Diese drei Stufen verlaufen analog zu Habermas' Differenzierung zwischen Lebenswelt, System und Diskurs, legen aber die Art und Weise zu Grunde, wie die Ordnung zwischen Personen und Dingen qualifiziert wird. Sie entschlüsseln die „jeweils bestehenden Verständigungsverhältnisse“<sup>423</sup>, dank derer eine „Rechtfertigung eine explosive Kraft“<sup>424</sup> überhaupt erst entwickelt. Insofern ergänzt die Analyse Thévenots und Boltanskis die Diskurstheorie von Habermas. Auf diese Weise werden die Grundlagen eröffnet, die Anforderungen für eine angemessene Organisation des Rechts ausgehend von den diskursiven Ansprüchen und den institutionellen Voraussetzungen zu entwickeln. Die Schwierigkeiten, die bei der Erweiterung von Handlungskontexten auftreten und bei jeder der drei Handlungsordnungen überwunden werden müssen, werde ich jeweils am Beispiel der Kennzeichnungspflicht für gentechnisch veränderte Lebensmittel veranschaulichen.

#### 2.2.2.1 Handlungsordnungen der Vertrautheit oder Lebenswelt

Die Handlungsordnung der Vertrautheit sollte nicht mit der Privatsphäre verwechselt werden, die einen rechtlichen Status kennzeichnet und von individueller Autonomie ausgeht. Dagegen beruht diese Handlungsordnung auf einem eingewöhnten Verhältnis zu bestimmten Dingen. Die Vertrautheit mit dem Handlungskontext führt zu einer engen Verbundenheit und zu selbstverständlichen Automatismen.<sup>425</sup> Der Unterschied zwischen Personen und Dingen verschwimmt laut Thévenot in dieser Handlungsordnung, was allerdings verunmöglicht, die Verantwortung für Handlungen oder Ereignisse klar zuzuschreiben.<sup>426</sup> Handlungen ereignen sich über Handlungsketten, deren Abfolge vertraut und eingeübt ist, wobei sich in den kognitiven Strukturen die Dinge in ihrer Umgebung und die Person wechselseitig durchdringen, so dass die Individualität einer Person in Abhängigkeit von der ihr vertrauten Umgebung zu verstehen ist.<sup>427</sup> Die Beziehung zur Umgebung ist nicht geplant,

---

<sup>422</sup> Diese Rechtfertigungsordnungen habe ich bereits im Zusammenhang mit qualifizierten Gleichheiten und der Zuweisung von Status erläutert. Dazu ausführlich Boltanski & Thévenot (1991, 1999, 2000).

<sup>423</sup> Habermas (2001a: 35).

<sup>424</sup> Habermas (2001a: 35).

<sup>425</sup> Dahingehend Thévenot (2001a: 68).

<sup>426</sup> Dazu Thévenot (2001a: 69).

<sup>427</sup> Siehe Thévenot (2000: 71).

sondern entwickelt sich im unmittelbaren Umgang mit einer Umgebung, die sowohl Dinge wie auch Personen enthält.<sup>428</sup>

Thévenot unterscheidet vier Gesichtspunkte nach denen jede Handlungsordnung analysiert werden kann: Welches Gut ist für die Bewertung zentral? (*Which good is engaged? With what evaluation?*); mit was für einer Art der Realität werden die Handelnden konfrontiert und auf welchen Anlagen stützen sie sich? (*Which reality is engaged? With what capacity?*); welcher Art ist die relevante Information? (*What is the format of relevant information?*); schließlich soll gefragt werden, welche Art von Handlungskompetenzen zugeschrieben werden (*Which kind of agency is construed?*).<sup>429</sup> In Handlungsordnungen der Vertrautheit ist das zentrale Gut die Annehmlichkeit (*convenience*) in einer vertrauten Umgebung. Der Bezug zu den Dingen erzeugt mit den Dingen verschmolzene Fertigkeiten (*distributed capacity*). Die Informationen über die Umgebung sind lokal und idiosynkratisch wahrgenommene Hinweise (*local and idiosyncratic perceptual clue*). Schließlich werden die Handlungskompetenzen, die Personen zugeschrieben werden, durch den persönlichen Umgang mit der je eigenen Umgebung geprägt (*personality attached to his or her entourage*).<sup>430</sup> Die Handlungsordnung der Vertrautheit erinnert an die unmittelbare verkörperte Erfahrung der Alltagswelt in der Beschreibung von Berger und Luckmann: Sie baut auf „das »Hier« meines Körpers“, überschreitet aber schon „das »Jetzt« meiner Gegenwart“ mittels vorsprachlicher Objektivationen.<sup>431</sup>

Zur weiteren Veranschaulichung will ich das bereits eingeführte Beispiel der Revision der Kennzeichnungspflicht für gentechnisch veränderte Lebensmittel heranziehen. Im Rahmen der Handlungsordnung der Vertrautheit geht es zunächst um Speisen, was ein sozial stark aufgeladenes und tief in Alltagserfahrungen verwurzeltes Phänomen ist.<sup>432</sup> Speisen sind das zentrale Gut, und sie werden in vielfältigen praktischen Zusammenhängen Realität: Die Nahrungsmittel müssen einkauft oder aus anderen Quellen (z.B. dem eigenen Garten) beschafft werden, sie werden nach Gutdünken oder Rezept zubereitet, was in jedem Fall praktische Fertigkeiten erfordert, Speisen werden – vor allem für Gäste – aufgetragen und in angenehmer Weise präsentiert, und schließlich werden sie gegessen und somit buchstäblich einverleibt. Diese Praktiken werden situativ ausgestaltet oder stützen sich auf vernetzte Handlungszusammenhänge, die mannigfaltige materiell

<sup>428</sup> In dieser Weise Thévenot (2000: 72).

<sup>429</sup> Vgl. die Übersicht bei Thévenot (2001: 67).

<sup>430</sup> Siehe die tabellarische Übersicht in Thévenot (2001: 67).

<sup>431</sup> Berger & Luckmann (1969: 25).

vorliegende Hinweise verarbeiten. Die Information, dass ein spezifisches Lebensmittel gentechnisch verändert ist, fügt sich aus Sicht vieler Konsumentinnen und Konsumenten nur schlecht in dieses Gefüge.<sup>433</sup> Dieser besonderen Information wird daher mit Skepsis begegnet. Zuletzt werden nicht nur Personen Kompetenzen zugeschrieben, sondern das Vertrauen wird gleichermaßen den beteiligten Personen (beispielsweise dem Küchenpersonal) wie den erprobten Lebensmitteln geschenkt.

Wie ich erläutert habe, bestimmt Habermas die Lebenswelt als nicht problematisierten Hintergrund aller Verständigung, in der gegenüber den anderen Akteuren keine Geltungsansprüche explizit gemacht werden.<sup>434</sup> Laut Thévenot ist die Handlungsordnung der Vertrautheit durch die Zuwendung zum konkreten Handlungskontext gekennzeichnet. Beide Beschreibungen schließen sich nicht aus, sondern sie legen das Gewicht auf unterschiedliche Aspekte alltäglichen Handelns. Aus der Perspektive des Diskurses betont Habermas, dass Geltungsansprüche nicht explizit gemacht werden, da die Lebenswelt „fraglos“<sup>435</sup> erlebt wird. Der Umstand, dass im alltäglichen Handeln die Umgebung nicht hinterfragt wird, zeigt auch „das naive Vertrauen in die Lebenswelt“<sup>436</sup>, was sich bei Thévenot darin äußert, dass der Unterschied zwischen Personen und Dingen verschwimmt, so dass die Verantwortung für Handlungen oder Ereignisse nicht mehr klar zuzuschreiben ist.<sup>437</sup> Im Unterschied zur Lebenswelt, die immer den situativen Ausschnitt bezeichnet,<sup>438</sup> in dem gehandelt wird und Geltungsansprüche nicht hinterfragt werden, können sich die Grenzen von Handlungsordnungen der Vertrautheit nicht einfach von Situation zu Situation verschieben, sondern werden in einer Umgebung materialisiert.

#### 2.2.2.2 Handlungsordnungen normal geplanter Handlungen oder Systeme

Habermas' Konzept der Lebenswelt weist aufgrund der Unterscheidung der strukturellen Komponenten Kultur, Gesellschaft und Persönlichkeit weit über den individuell gestalteten Handlungsraum hinaus. Doch die Überzeugung, dass die Anderen, die an der Handlungskoordination teilnehmen, dieselben Annahmen teilen,

---

<sup>432</sup> Vgl. dazu die Arbeit von Certeau et al. (1994).

<sup>433</sup> Vgl. dazu die Studie von Wessels et al. (1996).

<sup>434</sup> Siehe insbesondere Habermas (1981b: 198-202).

<sup>435</sup> Habermas (1981b: 198).

<sup>436</sup> Habermas (1981b: 200).

<sup>437</sup> In diesem Sinn Thévenot (2001a: 69).

<sup>438</sup> So Habermas (1981b: 201, 205).

wird im lebensweltlichen Handlungskontext wie auch in der Handlungsordnung der Vertrautheit buchstäblich ohne Hintergedanken unterstellt.

Wenn dagegen die Handlungskoordination geplant werden soll, muss darüber nachgedacht werden, unter welchen Voraussetzungen die geplante Handlung erfolgreich sein kann: Die stillschweigenden Annahmen werden gefestigt oder müssen unter Umständen explizit gemacht werden. In Handlungsordnungen normal geplanter Handlungen (*regime of regular planned action*) genügt es nicht, bloß die Interessen und Handlungsintentionen zu kennen, sondern genauso müssen die Annahmen über die praktischen Voraussetzungen der Handlungskoordination geteilt werden.<sup>439</sup> Darin ist bereits eine wichtige Unterscheidung gegenüber der Handlungsordnung der Vertrautheit angedeutet: die Unterscheidung zwischen handelnden Subjekten und behandelten Objekten.

Coordination of subjects within a regime of intentional action relies on the separation of subjects and objects in conformity with the classical notion of action. But the capture of objects in a functional format is as much needed as the intentional agency attributed to human beings.<sup>440</sup>

Eine gesellschaftstheoretische Erörterung der Handlungskoordination, die allein auf Handlungserwartungen abstellt, reicht laut Thévenot nicht aus, da Handlungskoordinationen nur dann geplant werden können, wenn sowohl die handelnden Subjekte als auch die behandelten Objekte im Rahmen der Handlungsordnung qualifiziert werden.

Gemäss Thévenot ist das zentrale Gut der Handlungsordnungen normal geplanter Handlungen die erfolgreiche, gebräuchliche Handlung (*successful conventional action*). Die Dinge begegnen den Akteuren als funktionalisierte Instrumente (*functional instrument*). Die Informationen über die Umgebung werden mittels des üblichen Sprachgebrauchs über Handlungen (*ordinary semantics of action*) verarbeitet, so dass den Personen die Fähigkeit zu geplanten Handlungen als Planende (*planner*) zugeschrieben wird.<sup>441</sup>

Um diese Unterscheidungen fassbarer zu machen, möchte ich sie wiederum auf das Beispiel gentechnisch veränderter Lebensmittel beziehen: Ich habe dargelegt, dass die wesentliche Verschiebung bei der Revision der Kennzeichnungspflicht darin besteht, dass der grundlegende Handlungszusammenhang, in dem diese Produkte beurteilt werden, nicht mehr der individuelle Gesundheitsschutz sondern der Lebensmittelhandel ist. Die Revision verankert die Legaldefinition gentechnisch verän-

<sup>439</sup> Vgl. Thévenot (2001a: 70).

<sup>440</sup> Thévenot (2002: 73).

derter Lebensmittel in anderen Qualifikationen und ändert folglich die Rechtswirklichkeit. Im Rahmen des Gesundheitsschutzes sehen die Unterscheidungen wie folgt aus: Das zentrale Gut ist die Gesundheit, die von gentechnisch veränderten Lebensmitteln bedroht scheint.<sup>442</sup> Diese Lebensmittel beruhen auf biotechnologischen Praktiken, sie begegnen nicht als Landwirtschaftsprodukte sondern als Laborprodukte. Relevante Informationen sind daher die Beschaffenheiten dieser Produkte, die in Labors von Sachverständigen gemessen werden können. Die Kompetenz und Verantwortung liegt entsprechend bei den Sachverständigen in den biochemischen Labors der Händler und der Behörden. Im Rahmen des Lebensmittelhandels sehen die Unterscheidungen dagegen folgendermaßen aus: Das zentrale Gut ist die (erfolgreich verkaufte) Handelsware. Als Handelsware durchläuft ein Lebensmittel Transportwege und Verarbeitungsprozesse. Diese bestimmen die Wirklichkeit gentechnisch veränderter Lebensmittel, so dass Spuren gentechnischen Materials, die technisch unvermeidlich erscheinen, nicht Teil der wahren Beschaffenheit von Lebensmitteln sind: Sie sind keine relevante Information. Diese Überlegung stützt die revidierte Kennzeichnungspflicht für gentechnisch veränderte Lebensmittel, die eine Kennzeichnungslimite von einem Massenprozent enthält. Den Lebensmittelhändlern und -produzenten wird im Rahmen dieser Annahmen die Kompetenz zugeschrieben, ihre Sorgfaltspflicht wahrzunehmen und für geringe Verunreinigungen zu sorgen.

Die beiden Handlungsordnungen qualifizieren dieselben Dinge auf unterschiedliche Weise: Was als wahre Beschaffenheit gentechnisch veränderter Lebensmittel gilt, entscheidet sich folglich aufgrund der Wahl zwischen möglichen Handlungsordnungen. Wichtig ist nun, dass keine der beiden Ordnungen primärer ist als die andere. Es geht nicht darum, im Vollzug zwischen sekundären Naturwüchsigkeiten und primären Naturen zu wählen, sondern Ziel ist es, die angemessene Handlungsordnung mit ihren jeweiligen Qualifikationen zu bestimmen. Die Pluralität der Handlungsordnungen und deren Nebeneinander zeigen auch, dass Klaus Günthers Kriterium der Normenanwendung, nach dem diese von der Lebensform abhängig gemacht werden soll, noch zu kurz greift.<sup>443</sup> Die Lebensform ist selbst pluralisiert und lässt verschiedene Anwendungsformen offen,

---

<sup>441</sup> Siehe die Tabelle in Thévenot (2001: 67).

<sup>442</sup> Hierbei geht es nicht darum, ob diese Einschätzung auch wissenschaftlich gut begründet ist. Es genügt, dass dies eine verbreitete Haltung darstellt, die Ernst genommen wird. Dasselbe gilt auch für die verbleibenden drei Gesichtspunkte.

<sup>443</sup> Das Kriterium findet sich in Günther (1988: 304f.) und wird im Abschnitt zur Normenbegründung und Normenanwendung besprochen.



über die entschieden werden muss, und die Wahl der Behörden muss demnach gerechtfertigt werden.

Ausschlaggebend für die Rechtstheorie ist, dass mit der Wahl zwischen den Handlungsordnungen nicht bloß die Legaldefinition der Dinge geändert wird, sondern ebenso werden die Kompetenzen und Verantwortlichkeiten der beteiligten Personen neu definiert. Das bedeutet aber, dass in Handlungsordnungen normal geplanter Handlungen nicht bloß Handlungserwartungen organisiert werden, sondern ebenso werden die Dinge organisiert. Der Ausdruck ‚normal geplante Handlung‘ verweist nicht bloß auf die Intentionen einer planenden und absichtsvoll handelnden Person, sondern auch darauf, dass diese Planung im Rahmen von Erwartungen erfolgt, was als normal gelten kann. Hinsichtlich des zweiten Aspekts werden implizit Geltungsansprüche erhoben; wie beispielsweise, wie eine normal eingerichtete Wohnung auszusehen hat, oder wie viel Spuren gentechnisch veränderten Materials noch als unbeabsichtigt gelten kann und keiner Rechtfertigung bedarf. Doch der Bezugspunkt für derlei Fragen liegt nicht in theoretischen Welten, sondern in den Gegebenheiten der Handlungsordnungen. Diese determinieren zwar nicht die Aushandlungsprozesse bei allfälligen Kontroversen, ungeachtet dessen ordnen sie kraft der Qualifikationen die Verständigungsverhältnisse. Diese Verhältnisse können nun nicht mit Bezug auf eine Ordnung, die an sich schon rationaler ist, aufgehoben werden, ohne an inhaltlicher Substanz zu verlieren.

Ich habe bereits darauf hingewiesen, dass die gleichermaßen notwendige wie formale Unterstellung transzendentalpragmatischer Gleichheit in einer gemeinsamen Welt hier nicht weiterhilft. Da keine Handlungsordnung zum vornherein primärer ist als die andere, können nicht die Eigenschaften der Dinge in der objektiven Welt darüber Aufschluss geben, welche Handlungsordnung aus pragmatischen Gründen zu wählen sei. Die Beschaffenheiten der Dinge müssen zuvor vor dem Hintergrund der erwünschten Form der Handlungskoordination (d.h. einer Handlungsordnung) bestimmt werden, bevor pragmatische Gründe überhaupt greifen können. Die daraus folgende Kontingenz der Maßstäbe der Rechtsanwendung war das Ausgangsphänomen,<sup>444</sup> das im ersten Teil zur Diagnose der Krise des Rechtsstaats und dem Legitimitätsverlust der Verwaltungen führte, die Habermas in *Faktizität und Geltung* thematisiert.

---

<sup>444</sup> Vgl. Habermas (1991: 518f.) sowie die Diskussion von Habermas' Diagnose im ersten Teil.

Dieses Problem der Wahl von Qualifikationen kommt bei Habermas' Abgrenzung gegenüber der Systemtheorie in der *Theorie des kommunikativen Handelns* noch nicht zum Tragen. Die Kritik Habermas' richtet sich insbesondere gegen Talcott Parsons' Lösungsvorschlag, wie die stabile Handlungskoordination zwischen Ego und Alter zu erklären sei.<sup>445</sup> Für die Lösung des Problems stehen „vier Konditionierungsstrategien“<sup>446</sup> zur Verfügung, mit denen auf enttäuschte Handlungserwartungen reagiert werden kann. Die eine Achse, nach der differenziert wird, unterscheidet, ob die Reaktion positiv als Anregung oder negativ als Widerstand ausfällt. Die andere Unterscheidung fragt, ob die Reaktion in die Situation selbst eingreift oder aber versucht, die Wahrnehmung der Situation bei Alter zu verändern. Das ergibt folgende vier Möglichkeiten: Eingriffe in die Situation selbst erfolgen durch positive sanktionierende Anreize wie Geld oder mittels Abschreckung unter Verwendung von Macht. Versuche, die Wahrnehmung von Alter zu ändern, setzen bei dessen Intentionen an und greifen auf Überzeugung (positiv) oder Ermahnung (negativ) zurück. Habermas' Kritik richtet sich gegen die „eigentümliche Asymmetrie zwischen einer strategischen [direkt in die Situation eingreifenden] und einer konsensuellen [die Wahrnehmung der Situation verändernden] Einflussnahme“<sup>447</sup>. Die vier Optionen können nicht auf gleicher Stufe in einem Schema zusammengeführt werden. Darin besteht laut Habermas Parsons' Fehler:

Er berücksichtigt nicht, [...] dass sich der Begriff der Sanktion auf Ja/Nein-Stellungnahmen zu kritisierbaren Geltungsansprüchen nicht anwenden lässt. Das wird deutlich, wenn wir prüfen, worin sich die beiden Strategiepaare Anreiz/Abschreckung und Überzeugung/Ermahnung unterscheiden.<sup>448</sup>

Habermas kritisiert, dass die Sanktion einer Ja/Nein Reaktion auf eine Handlungserwartung – oder auch auf eine in einem Gesellschaftssystem funktionalisierte Erwartung – keine Auseinandersetzung mit Geltungsansprüchen und Gründen bedeutet, die die Reaktion von Alter rechtfertigen könnte. Mit Sanktionen verändert Ego bloß die Handlungsfolgen für Alter, so dass mittels Anreiz und Abschreckung die erwartete Handlung konditioniert wird. Dagegen müssen Ego und Alter miteinander sprechen und einen Konsens erzielen, damit die Überzeugung oder Ermahnung tatsächlich wirksam werden kann. Ein Konsens wird nicht durch Sanktion herbeigeführt werden, sondern bedarf der „Motivation durch Gründe“<sup>449</sup>. Mit ande-

---

<sup>445</sup> Diese prägnante Kritik findet sich in Habermas (1981b: 413-419).

<sup>446</sup> Habermas (1981b: 414).

<sup>447</sup> Habermas (1981b: 414f.).

<sup>448</sup> Habermas (1981b: 415).

<sup>449</sup> Habermas (1981b: 416f.).

ren Worten widerspricht die für die Sanktion notwendige Asymmetrie der transzendentalpragmatisch unterstellten Gleichheit. Parsons macht dagegen keinen Unterschied, ob Handlungskoordination organisiert oder durch Verständigungen erreicht wird.

Im Gegensatz zu Parsons geht Habermas nicht von vier grundsätzlich gleichwertigen Konditionierungsstrategien aus, sondern unterscheidet zwei Typen von Medien: „Generalisierte Formen der Kommunikation“<sup>450</sup> sind an Sprache und daher an Geltungsansprüche gebunden. Die Sprechenden sollen die Koppelung an die Lebenswelt sicherstellen, indem die geltend gemachten Ansprüche von Erfahrungen aus der Lebenswelt ausgehen. Dagegen werden die „Steuerungsmedien wie Geld und Macht“<sup>451</sup> von Organisationen getragen, die durch Regeln geordnet werden, die systemeigene Handlungserwartungen ausprägen. Sobald diese Handlungserwartungen nicht mehr mit Bezug auf die Lebenswelt verständlich gemacht werden, sondern durch Verweis auf die Anforderungen des Systems begründet werden, wird die Sozialintegration von der Systemintegration abgelöst. Der Bezugspunkt der Beurteilung sind dann nicht mehr die lebensweltlichen Erfahrungen der Akteure, denen gegenüber die Erwartungen und die dazugehörigen Geltungsansprüche verständlich gemacht werden. Die Regeln des Systems werden nun mit den Anforderungen des Systems selbstbezüglich erklärt. Mit anderen Worten ist der Bezugspunkt nicht mehr der Diskurs über die Lebenswelt sondern die Organisation mit deren eigenen Regeln.

Dieser Wechsel des Bezugspunkts der Begründung der Handlungskoordination ist in der Rechtstheorie die Ursache für die Spannung zwischen Geltung der Diskurse und der Faktizität der Organisation; und der Widerstand von Habermas gegen die Systemtheorie besteht denn auch nicht darin, dass diese Art der Beschreibung gesellschaftlicher Zusammenhänge rundweg abzulehnen sei, sondern greift zurück auf die Notwendigkeit der Sozialintegration als notwendige Bedingung neben der Systemintegration. Der Vorwurf lautet, dass in der „Beschreibung des autopoietischen Systems“ das Recht „aller normativen letztlich auf die Selbstorganisation der Rechtsgemeinschaft bezogenen Konnotationen entkleidet“ wird.<sup>452</sup> Anders gesagt wirft Habermas der Systemtheorie im Stile von Parsons und insbesondere Luhmanns vor, dass sie das Recht im dreidimensionalen Bezugssystem aus Diskurs,

---

<sup>450</sup> Habermas (1981b: 417).

<sup>451</sup> Habermas (1981b: 417).

<sup>452</sup> Habermas (1992: 72).

Organisation und Institution allein aus der Perspektive der Organisation betrachten und seine Perspektive, den Diskurs, außer acht lassen.

Allerdings übersieht Habermas' Kritik, dass Handlungsordnungen als Institutionen nicht nur Handlungserwartungen ordnen sondern gleichermaßen die Dinge und die Umgebung der Handelnden qualifizieren. Das übergreifende Verständnis für diese Qualifikationen entstammt weder dem Diskurs noch dem System. Nicht nur die Systemtheorie sieht sich folglich im Recht

mit der Frage konfrontiert, was die selbstreferentielle Geschlossenheit des Rechtssystems für die Möglichkeiten der Kommunikation mit anderen »epistemischen Welten« bedeutet.<sup>453</sup>

Denn wenn Habermas' Antwort hierauf „*dasselbe kommunikative Ereignis*“<sup>454</sup> ist, läuft er Gefahr, die Dinge wieder in Geltungsansprüche aufzulösen, die indes nirgends in der gemeinsamen Welt einen argumentativen Halt finden können, solange in alltäglichen Handlungszusammenhängen konstituierte Naturalisierungen als gleichsam falsche Überzeugungen ausgeklammert werden. Den argumentativen Halt finden diskursive Auseinandersetzungen nur aufgrund der Qualifikation von Dingen in den Handlungsordnungen.

### 2.2.2.3 Handlungsordnungen der Rechtfertigung und Rechtfertigungsordnungen

Ausgangspunkt der Untersuchungen von Boltanski und Thévenot ist das Anliegen, die sozialen Voraussetzungen für moralische Konflikte und Rechtfertigungen freizulegen.<sup>455</sup> Ihre Aufmerksamkeit wird dabei auf die Eigenschaften von Dingen und Personen gelenkt, auf die sich die Argumentierenden beziehen, wenn sie ihre Sichtweise auf eine kontroverse Situation begründen sollen.

Divergierenden Qualifikationen legen verschiedene Darstellungen derselben Situation nahe, so dass in derselben Auseinandersetzung als „kommunikatives Ereignis“<sup>456</sup> auf verschiedene Handlungsordnungen Bezug genommen wird. Letztere beziehen sich ebenso auf Dinge wie auf Personen, während die transzendentalpragmatische Gleichheit den egalitären Status der Personen im Diskurs festlegt. Diese Differenz wird bei Boltanski und Thévenot als Spannung zwischen der vorausgesetzten Gleichheit der Menschen (d.h. als „constraint of common humanity“) und der qualifizierenden Handlungsordnung (d.h. als „hierarchy according to a specific principle of order“) und deren substantielle Gleichheiten (*équivalence, principle of*

---

<sup>453</sup> Habermas (1992: 73).

<sup>454</sup> Habermas (1992: 74).

<sup>455</sup> Vgl. etwa die methodischen Ausführungen in Boltanski & Thévenot (2000: 216).

*equivalence*) thematisiert.<sup>457</sup> Handlungsordnungen der Rechtfertigung (*public regime of justification*) oder Rechtfertigungsordnungen (*cité, orders of worth*) bezeichnen nun diese Aushandlungsprozesse in denen die maßgebenden Gleichheiten problematisiert werden. Die kognitiven Bezugssysteme, die in diesen Aushandlungsprozessen zu Grunde gelegt werden, sind Qualifikationen aus verschiedenen Handlungsordnungen.

Rechtfertigungsordnungen habe ich bei der Diskussion qualifizierter Gleichheiten von Dingen und dem qualifizierten Status von Personen bereits angesprochen. Diese bezeichnen die institutionellen Bezugspunkte im Sinn von naturalisierten Systemen der Gleichheit, während Handlungsordnungen der Rechtfertigung den Akt der wechselseitigen Rechtfertigung und die Art und Weise betonen, wie diese Handlungsordnung organisiert wird. Diese kommunikative Handlungsweise wird gem             dann notwendig, wenn Handlungsordnungen normal geplanter Handlungen an ihre Grenzen stoßen, weil die als normal unterstellten funktionalen Qualifikationen von Personen und Dingen nicht mehr von allen potentiell Beteiligten geteilt werden:

[The] regime of justification is built on the limitations met in collective extension of the regime of regular planned action. When large-scale coordination is needed, and this need is combined with the necessity of distant adjustments with anonymous actors, the limited strategic interaction which rests on the mutual attribution of individual plans is no longer appropriate. The dynamics of coordination require a reflexive and judgemental stance which can be viewed in terms of the horizon of a third party.<sup>458</sup>

Ausgedehnte Handlungs koordinationen sollen insbesondere durch das Recht gesichert werden. Unter diesen Umständen werden die Personen, die potentiell an der Interaktion beteiligt werden zu anonymen Akteuren, deren Kompetenzen qualifiziert werden müssen. Die Möglichkeit der wechselseitigen Zuschreibung von Kompetenzen, die in der gemeinschaftlichen Planung noch möglich ist, bricht hier ab, und real interagierend Personen werden durch imaginierte Andere ersetzt.<sup>459</sup> Diese Anderen sollen so qualifiziert werden, dass die Kompetenzen der Personen

<sup>456</sup> Habermas (1992: 74).

<sup>457</sup> Siehe dazu Boltanski & Thévenot (1999: 367). Vgl. auch Boltanski & Thévenot (2000: 223).

<sup>458</sup> Thévenot (2001a: 71)

<sup>459</sup> Diesen Vorgang beschreiben Berger & Luckmann (1969: 56-72, 76-83) als zunehmende Typisierung der Akteure, die sich schließlich in Rollen verfestigen können. Wie durch solche Typisierungen imaginierte Gemeinschaften entstehen können, wenn der Prozess an Hand von bürokratischen Klassifikationsrastern erfolgt, in die anonyme Anderen eingeordnet werden, zeigt Anderson (1996: insbesondere 185-187) eindrücklich auf. Zu imaginierten Anderen in Expertisen zu Technologie und Wissenschaft siehe auch Maranta et al. (2003).

wie auch die relevanten Eigenschaften der Dinge die Handlungskoordination weiterhin ermöglichen. Nun ließe sich diese Anpassung von einem mächtigen Ego für alle Alter aus funktionalistischen Erwägungen heraus vorgeben, doch die erzielte qualifizierte Grundlage könnte auf Widerstand bei den anderen Beteiligten stoßen. Deshalb sollen die Beteiligten eine reflexive und urteilende Haltung einnehmen, die nicht einfach in den funktionalistischen Bindungen gefangen bleibt.

Diese Anforderung hat offensichtliche Ähnlichkeit mit Diskursen. Zur Erläuterung des erweiterten Horizonts, der einen unparteilichen Standpunkt verlangt (die von Thévenot angesprochene „third party“), verweist Thévenot in der Fußnote zum gerade zitierten Textauszug denn auch auf Habermas. Dieser sieht sich ja mit einem vergleichbaren Problem konfrontiert, sobald die Handlungskoordination in die „gleichsam subjektlosen Kommunikationskreisläufe von Foren und Körperschaften“<sup>460</sup> verlagert wird, bei der die Volkssouveränität nicht mehr durch die direkt beteiligten Personen gesichert werden kann. In der Konzeption von Boltanski und Thévenot bedeutet das, dass in der Handlungsordnung der Rechtfertigung Personen (beispielsweise Repräsentanten in Parlamenten oder in Verwaltungen) einen qualifizierten Status erhalten, für bestimmte Typen von Handlungskontexten verbindliche Regelungen einzuführen. Die Handlungsordnungen der Rechtfertigung bringen dabei allerdings nicht schon die konkrete rechtsstaatliche Organisation zum Ausdruck, sondern die Vorstellungen darüber, wie eine solche Organisation gestaltet sein müsste. Das heißt: Auf welchen Qualifikationen von Personen und Dingen dieser Entscheidungsprozesse beruhen sollte. Die so qualifizierten Personen begründen ihre Urteile wiederum, indem sie auf Handlungsordnungen verweisen. Das bedeutet, dass Boltanski und Thévenot nicht unmittelbar an das Diskursprinzip und die transzendentalpragmatische Gleichheit von Habermas anknüpfen, sondern zunächst ein Verständnis dafür heranziehen, was ordnungsgemäß oder rechtmäßig ist. Ein solches Verständnis liegt allerdings angesichts des Pluralismus von Ordnungen nicht eindeutig vor, und Boltanski und Thévenot unterscheiden verschiedene Rechtfertigungsordnungen.<sup>461</sup>

---

<sup>460</sup> Habermas (1992: 170).

<sup>461</sup> Boltanski und Thévenot unterscheiden die folgenden Rechtfertigungsordnungen: die (religiös) beseelte Ordnung (*le monde d'inspiration, inspired*), die häusliche Ordnung (*le monde domestique, domestic*), die bürgerliche Ordnung (*civique, civic*), die Ordnung des Marktes (*marchand, market*), die Ordnung der Meinung (*le monde de l'opinion, opinion*) und die industrielle Ordnung (*le monde industriel, industrial*). Vgl. Boltanski & Thévenot (1991) sowie Boltanski & Thévenot (1999) und Boltanski & Thévenot (2000). Thévenot (2002: 69f., 75-78) untersucht zudem die Rechtfertigungsordnung der Grünen und Umweltaktivisten.

Rechtstheoretisch bedeutsam ist nicht die Anzahl und die Differenzierung dieser Rechtfertigungsordnungen, sondern dass Rechtfertigungen kollektiv verbindlicher Regelungen auf pluralisierte Ordnungen Bezug nehmen, weshalb unter diesen die maßgebliche Ordnung bestimmt werden muss. Durch derlei Festlegungen kann für Außenstehende der Eindruck von Kontingenz entstehen, wenn die Gründe für die Wahl intransparent bleiben oder nicht stichhaltig erscheinen. Wenn diese Kontingenz nicht in gerechtfertigte Entscheide überführt werden kann, dann hat dies im Recht die Krise des Rechtsstaats und namentlich den Legitimationsverlust der Verwaltungen zur Folge. Gemäss meiner These, dass diese Ohnmacht der Verwaltungen durch angemessene Verfahren behoben werden muss, sollte der Prozess der Qualifikation rechtsoziologisch durchleuchtet und rechtstheoretisch geklärt werden. Denn Habermas' fünfte Kategorie der Grundrechte soll gewährleisten, dass „die Lebensbedingungen [...] in dem Maße sozial, technisch und ökologisch gesichert sind, wie dies für die chancengleiche Nutzung der [anderen vier Kategorien] bürgerlichen Rechte unter gegebenen Verhältnissen notwendig ist“<sup>462</sup>. Nur wenn der Prozess der Qualifikation durchschaut ist, kann epistemische Souveränität im Rechtsstaat sichergestellt werden. Dieser Prozess muss von der Verifikation von Wahrheitsansprüchen klar unterschieden werden, da nicht Wahrheit geklärt werden soll, sondern Überzeugungen wechselseitig aufeinander bezogen werden.

Im Zentrum der Aufmerksamkeit stehen daher bei den Handlungsordnungen der Rechtfertigung die qualifizierten Personen und Dinge. Thévenot stellt bei der Analyse dieser Handlungsordnungen auf dieselben Gesichtspunkte ab, anhand derer zuvor schon die anderen beiden Handlungsordnungen analysiert wurden. Diese weichen etwas von den vier Gesichtspunkten ab, mit denen oben die Rechtfertigungsordnungen differenziert wurden.<sup>463</sup> Laut Thévenot ist das zentrale Gut der Handlungsordnungen der Rechtfertigung die kollektive Übereinkunft über das Gemeingut (*collective conventions of the common good*). Dinge werden für die anonymen Akteure zu qualifizierten Objekten (*'qualified' object*). Welche Eigenschaften und Informationen relevant sind, wird folglich durch die Qualifikation von Personen und Dingen festgelegt, die im Hinblick auf die geltenden Normen (*codification*) im zu klärenden Handlungsbereich vorgenommen werden. Die Auswahl der relevanten

---

Boltanski & Chiapello (1999) wiederum untersuchen die Rechtfertigungsordnung des projektförmigen Managements; siehe auch Potthast (2001: insbesondere 556-560).

<sup>462</sup> Habermas (1992: 156f.).

<sup>463</sup> Gemäss der tabellarischen Einteilung der Rechtfertigungsordnungen in Boltanski & Thévenot (1999: 368); vgl. auch den differenzierteren Analyseraster in Boltanski & Thévenot (1991: 177-181).

Eigenschaften erzeugt Handlungsräume, in denen auf diese Weise qualifizierte Personen (*‘qualified’ person*) ihre Handlungsmöglichkeiten nutzen können.<sup>464</sup>

Werden diese vier Gesichtspunkte zur Veranschaulichung auf das Beispiel der gentechnisch veränderten Lebensmittel und deren Kennzeichnung angewendet, ergibt sich folgendes Bild: Das zentrale Gut ist die Wahlfreiheit der Konsumentinnen und Konsumenten und deren Steuerungsmöglichkeiten von Angebot und Nachfrage im Markt. Deshalb gilt der Täuschungsschutz, der von der Verwaltung durchgesetzt werden soll: Im Lebensmittelhandel sollen die wahren Beschaffenheiten des Lebensmittels auf der Verpackung angegeben werden.<sup>465</sup> Da die wahre Beschaffenheit von gentechnisch veränderten Lebensmitteln nicht in einer vorgegebenen primären Natur festzumachen ist, müssen diese Lebensmittel qualifiziert werden. Die zentrale Frage bei der Revision der Kennzeichnungspflicht war hierbei, wie mit unbeabsichtigten, technisch unvermeidbaren Spuren umzugehen sei.

Bei der ausführlichen Besprechung der Revision im ersten Teil habe ich deutlich gemacht, dass die erforderliche Qualifikation in der Legaldefinition dadurch gerechtfertigt wurde, dass auf die Handlungsordnung der normal geplanten Handels- und Produktionszusammenhänge hingewiesen wurde. Diese Zusammenhänge machten die Einführung einer Limite von einem Massenprozent plausibel und entsprechen der üblichen Praxis, da Reinheitslimiten im Handel bei vielen Produkten gebräuchlich sind. In der Folge war nicht mehr die Realität dieser Lebensmittel im Labor ausschlaggebend; denn vor der Revision wurde die Realität von gentechnisch veränderten Lebensmitteln mit einem absoluten Nachweis ohne Limite festgestellt und Lebensmittel die nur schon Spuren gentechnisch veränderten Materials enthielten, mussten gekennzeichnet werden. Diese Regelung verändert die Kompetenzen der Konsumentinnen und Konsumenten: Der individuelle Schutz vor gentechnischem Material ist durch die Einführung der Limite in der neu gestalteten Rechtswirklichkeit nicht mehr möglich. Die bereits in den Rechtsnormen angelegte Unterscheidung zwischen Täuschungsschutz und individueller Wahlfreiheit im Lebensmittelhandel und Gesundheitsschutz durch das Zulassungsverfahren, das in den Händen der Behörden liegt, wird erst durch die Revision Teil der Rechtswirklichkeit.

Stoßend an dieser neu gestalteten Rechtswirklichkeit ist allenfalls, dass die außerordentlich wichtigen, gesundheitlichen Erwägungen nicht mehr von der individuellen Person ins Auge gefasst werden, sondern von den Behörden im Hinblick auf den

---

<sup>464</sup> Siehe die Tabelle in Thévenot (2001a: 67).

<sup>465</sup> Zu den rechtlichen Hintergründen dieser Revision siehe Kohler & Maranta (1999).



Gesundheitsschutz der Bevölkerung vorgenommen werden. Diese Verlagerung der Kompetenzen ist zwar angesichts der komplexen Materie und der verfügbaren Expertise angezeigt, bedeutet aber gleichzeitig, dass die Konsumentinnen und Konsumenten mit dem Argument mangelnder Sachkenntnis entmündigt werden. Eine allfällige Skepsis gegenüber den Behörden mag in diesem Fall noch dadurch verstärkt werden, dass aufgrund der Revision und der Zulassung von Spuren der Eindruck entstehen kann, dass der Gesundheitsschutz gelockert wird. Dieser wird zwar durch die strengen Auflagen und Prüfungen beim Zulassungsverfahren gesichert,<sup>466</sup> die auf Qualifikationen in der Handlungsordnung des Gesundheitsschutzes abstellen, aber gesundheitliche Überlegungen spielen bei der Begründung der Kennzeichnungs-limite von einem Massenprozent keine Rolle mehr. Aus der Pflicht der Behörden, gentechnisch veränderte Lebensmittel vor der Einführung auf dem Markt in einem Zulassungsverfahren auf mögliche Risiken zu prüfen, wird ein exklusives Recht der Behörden diesen Entscheid vorzunehmen, sobald für den Täuschungsschutz im Lebensmittelrecht nur noch die Handlungsordnung der normal geplanten Handels- und Produktionszusammenhänge maßgeblich wird, so dass der Gesundheitsschutz nur noch im Zulassungsverfahren berücksichtigt wird. Die behördliche Organisation von Kompetenzen führt dann dazu, dass das allgemeine Verständnis dafür, welche Eigenschaften von Lebensmitteln beim Kauf relevant sein können, neu geordnet wird und individuelle Gesundheitserwägungen als mögliche Gründe beim Kaufentscheid ausgeschieden werden.

Im Rahmen der vorgegebenen Rechtsnormen werden Kompetenzen von Personen und die rechtserheblichen Eigenschaften von Dingen im Prozess der Qualifikation präzisiert. Wie das gerade ausgeführte Beispiel zeigt, kann in diesem Prozess eine Pflicht zu einem exklusiven Recht werden. Qualifikationen legen nicht bloß Legaldefinitionen fest, sondern sie bestimmen, welche Begründungen ausschlaggebend sind, wenn ein zunächst abstraktes Recht in konkreten Situationen eingefordert wird. Qualifikationen beziehen allgemein abstrakte Normen auf Handlungsordnungen normal geplanter Handlungen, so dass die Rechtsansprüche vor dem Hintergrund bestehender Ordnungen systematisiert und greifbar werden. Indem maßgebliche gegenüber irrelevanten Handlungsordnungen ausgesondert werden, wird bestimmt, inwiefern Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln sei, und heterogene

---

<sup>466</sup> Zahlreiche Lebensmittelskandale haben das Vertrauen in die Behörden schwinden lassen, was sich auch auf die öffentliche Haltung hinsichtlich der staatlichen Regulierbarkeit von gentechnisch veränderten Lebensmitteln negativ auswirkt; vgl. dazu Grove-White et al. (1997).

Rechtsauffassungen werden verbindlich organisiert. Das bedeutet, dass fassbare Maßstäbe der Gleichheit für die Rechtsanwendung erzeugt werden, die als konkrete Rechtsparadigmen die Rechtswirklichkeit im Vollzug gestalten.

Diese Maßstäbe sind nun nicht einfach sekundäre Naturwüchsigkeiten, die gestützt auf ein prozeduralistisches Rechtsparadigma aufgelöst werden sollten, wie Habermas als Reaktion auf die Krise des Rechtsstaats offenbar nahe legt.<sup>467</sup> Es kann nicht genügen, die primäre Natur der Dinge freizulegen. Denn oftmals verfügen die fraglichen Dinge über keine solche primäre Natur, sondern was sie sind, wird durch die jeweiligen Qualifikationen in vielfältigen Handlungsordnungen abgesteckt. In dieser Weise eröffnet sich das tatsächliche rechtstheoretische Problem im Umgang mit Naturalisierungen nicht als epistemische Herausforderung, die wahre Natur der fraglichen Dinge zu ergründen, sondern sie wird zur normativen Aufgabe, die legitime Handlungsordnung als Grundlage des Vollzugs zu bestimmen. Diese Entscheidung kann von der Gesetzgebung nur teilweise im Vorgriff auf mögliche Kontroversen gefällt werden, da das Problem der Qualifikation rechtserheblicher Sachverhalte und die Ausgestaltung entsprechender Typologien für die Rechtsanwendung nicht abschließend erledigt werden kann.

Die Aufgabe, im Rechtsstaat eine angemessene Rechtsform für diese Ansprüche zu finden, hat Habermas in der fünften Kategorie der Grundrechte, die ich mit dem Begriff der epistemischen Souveränität fasse, umrissen.<sup>468</sup> Die Diagnose der Krise des Rechtsstaats, die gleichsam als Kommentar dieses Grundrechts in *Faktizität und Geltung* konzipiert ist, macht deutlich, dass eine pragmatische oder funktionalistische Begründung der Rechtsanwendung nicht genügen kann. Der Grund dafür wird nun ersichtlich: Der Realitätsbezug der Normen ist nicht selbst schon pragmatisch gegeben, sondern er muss durch die Qualifikation von Personen und Dingen überhaupt erst hergestellt werden.

Die Vorstellung, dass Begründungen hergestellt werden, verweist auf einen spezifisch epistemischen Machttypus, der der Klage zu Grunde liegt, Sachverständige würden im modernen Rechtsstaat einen illegitimen Status beanspruchen und den Anliegen der Gesellschaft zuwenig Aufmerksamkeit schenken. Andererseits erscheint ein solcher Vorwurf nur als soziologisches Phänomen haltbar, da unter den Bedingungen des prozeduralistischen Rechtsparadigmas, das eine demokratische Genese des Rechts unter Gleichen sicherstellen soll, das Problem zunächst behebbar

---

<sup>467</sup> Siehe die Argumentation zugunsten des prozeduralistischen Rechtsparadigma in Habermas (1992: 527-537).

anmutet. Denn schließlich zählt in Diskursen allein die Kraft des besseren Arguments. Doch Habermas' Unterscheidung zwischen der „zweistellige Relation der Gültigkeit von Aussagen“ und der „dreistelligen Relation der Geltung, die gültige Aussagen »für uns« haben“, erläutert, dass die besagte Kraft der Argumente in die „jeweils bestehenden Verständigungsverhältnisse“<sup>469</sup> eingebettet ist. Diese epistemologische Differenz eröffnet zusammen mit Boltanskis und Thévenots Konzept der Qualifikation eine Interpretation für diesen spezifisch epistemischen Machttypus: Die Wahl der Handlungsordnung und der dazugehörigen Qualifikationen legt Verständigungsverhältnisse fest. Die epistemische Macht drückt sich in der eigenmächtigen Wahl einer Handlungsordnung aus, was spezifische Verständigungsverhältnisse mit sich bringt. Tatsächlich wird nicht die zweistellige Relation zwischen Aussage und Tatsache hergestellt, was wahrheitstheoretisch unsinnig ist, da Wahrheitsbedingungen von Aussagen nicht beliebig hergestellt werden können, sondern der relevante Begründungszusammenhang wird gesetzt.<sup>470</sup> Die Wahl bezieht sich auf die in einer Gesellschaft verfügbaren Handlungsordnungen und stellt diese nicht einfach her. Indes verstärken solche Entscheide die eine oder andere Handlungsordnung, indem sie dieser den Status einer verbindlichen Rechtfertigungsordnung verleihen.

#### 2.2.2.4 Entfaltung von Rechtfertigungsordnungen

Die Kritik allfälliger Missachtungen, die durch eigenmächtige Entscheidungen von Verwaltungen hervorgerufen werden, setzt voraus, dass die Entwicklung von Rechtfertigungsordnungen tatsächlich durch behördliche Maßnahmen geprägt wird. Laut Thévenot entfalten sich Rechtfertigungsordnungen in drei Schritten aus Handlungsordnungen der Vertrautheit über diejenigen normal geplanten Handelns bis hin zur Rechtfertigung der maßgeblichen Qualifikationen.<sup>471</sup> Entscheidend ist bei dieser handlungstheoretischen Analyse die Art und Weise, wie der Bezug zwischen Personen und Dingen festgelegt wird und wie Vergleichbarkeit erzeugt wird.<sup>472</sup> Die Behörden stellen die Vergleichbarkeit in der Rechtsanwendung kraft Typologien rechtserheblicher Sachverhalte her und gestalten über die Rechtswirklichkeit, die eine

<sup>468</sup> Vgl. Habermas (1992: 156f.).

<sup>469</sup> Habermas (2001a: 35).

<sup>470</sup> Vgl. auch die scharfsinnige Analyse des so genannten sozialen Konstruktivismus in Hacking (1999).

<sup>471</sup> Siehe Thévenot (2001b: 409f.).

<sup>472</sup> Für die soziologische und historische Darstellung, wie sich Rechtfertigungsordnungen entwickelt haben, siehe Boltanski & Thévenot (1991).

wesentliche Hinsicht gesellschaftlicher Ordnungen ausmacht, die Gesellschaft und deren Rechtfertigungsordnungen.

In Handlungsordnungen der Vertrautheit beziehen sich Personen auf Dinge in einer elementaren Form der wechselseitigen Ergänzung (im Sinn von „attachment between human beings and their environment“<sup>473</sup>). Dieser hochgradig an lokal begrenzten, partikularen Dingen festgemachte Bezug, der Dinge und Personen zusammenfügt, verunmöglicht, dass Dingen und Personen je eigenständige Eigenschaften und Kompetenzen zugeschrieben werden können. Eigenschaften und Kompetenzen werden nicht unterschieden und gehören gewissermaßen zur Situation selbst. Um mit Berger und Luckmann zu sprechen, sind sie noch nicht ausreichend typisiert und werden nicht unabhängig von der Situation zugeschrieben,<sup>474</sup> so dass die Vergleichbarkeit zwischen Handlungskontexten nicht gegeben ist. Gleichwohl bilden diese Handlungsordnungen den Ursprung, aus der neue Handlungszusammenhänge entwickelt werden, da eine annehmbliche Form der Bezugnahme auf die Umgebung sich allmählich über lokal begrenzte Kontexte hinaus verbreitet. Da solch neue Handlungszusammenhänge immer auch Dinge mit einschließen, bedeutet die Entstehung neuer Handlungsordnungen der Vertrautheit, dass diese neuen Zusammenhänge immer auch in Dingen verkörpert werden.<sup>475</sup> Diese Vergegenständlichungen wirken unmittelbar und brauchen nicht erst sprachlich vermittelt zu werden; und indem insbesondere technisch konfigurierte Situationen vervielfältigt werden, können derlei Vergegenständlichungen die Grenzen einer partikularen Situation überschreiten.

In Handlungsordnungen normal geplanten Handelns werden die in den Dingen verkörperten Annehmlichkeiten ausgebaut. So stellt Thévenot fest:

[T]he comparison is made possible by the crafting of a material environment in a way which systematizes more local or idiosyncratic attachments, and builds *equivalence* between entities across situations.<sup>476</sup>

Die Vergleichbarkeit wird dadurch erzielt, dass Gleichheit in die materielle Umgebung eingeschrieben wird (ähnlich wie soziale Klassifikationen gemäss Douglas kraft Naturalisierungen an natürlichen Ordnungen festgemacht werden)<sup>477</sup>. Diese Gleichheit (*equivalence*) bündelt wahrnehmbare Eigenschaften der Dinge, so dass nicht mehr unmittelbar auf die Dinge in den konkreten Situationen verwiesen wird,

---

<sup>473</sup> Thévenot (2001b: 409).

<sup>474</sup> Vgl. dazu Berger & Luckmann (1969: 56-72).

<sup>475</sup> Vgl. Thévenot (2001b: 409).

<sup>476</sup> Thévenot (2001b: 410).

<sup>477</sup> Siehe Douglas (1991).

sondern auf standardisierte und in dieser Weise qualifizierte Dinge Bezug genommen wird. Die konkreten Dinge in den jeweiligen Situationen müssen dann in die Klasse qualifizierter Dinge fallen, um überhaupt eine Rolle zu spielen.<sup>478</sup> Aber diese Ordnung ist nicht notwendigerweise sprachlich strukturiert, sondern kann vorsprachlich geordnet bleiben.

Solchermaßen strukturierte Handlungsordnungen stecken die Möglichkeiten zu handeln ab. Je größer deren öffentliche Bedeutung wird, desto mehr rücken Fragen der Gerechtigkeit in den Vordergrund. Ungleichheiten zwischen Personen, die beispielsweise durch die technische Struktur bedingt sind, können unterstellte Gleichheit zwischen den Menschen im öffentlichen Raum verletzen.<sup>479</sup> Handlungsordnungen müssen dann in Kommunikationen gerechtfertigt werden und werden allenfalls umgestaltet. Damit diese Ungleichheiten überhaupt wahrgenommen werden können, bedarf es also der konkreten Gleichheiten, die normal geplante Handlungen dadurch stabilisieren, dass sie Dinge ordnen und somit auch Personen Kompetenzen zuerkennen.<sup>480</sup> Mit anderen Worten: Die vorsprachliche Ordnung ist eine notwendige Bedingung für die diskursive Neuordnung. Die greifbar gemachten Ungleichheiten können nun nicht einfach getilgt werden, indem die Struktur der Handlungsordnung und deren dazugehörige konkrete Maßstäbe für Gleichheit einfach beseitigt werden. Anders gesagt können die Handlungsordnungen und deren Gleichheiten nicht kurzerhand – im Stile von sekundären Naturwüchsigkeiten – aufgelöst werden. Vielmehr müssen Qualifikationen verschiedener Handlungsordnungen aufeinander bezogen und abgewogen werden, wie das Beispiel der Revision der Kennzeichnungspflicht für gentechnisch veränderte Lebensmittel zeigt. Die historisch kontingente Vielfalt der Handlungsordnungen gibt die kognitiven Bezugspunkte vor und nicht ein theoretisches Bezugssystem aus sozialer und objektiver Welt.

Im dreidimensionalen Bezugssystem aus Diskurs, Organisation und Institution müssen die Gründe für oder gegen die gewählte Rechtswirklichkeit aus den Handlungsordnungen gewonnen werden, die die Gesellschaft als Institutionen durchziehen und das allgemeine Verständnis dafür, was zu tun ist, stützen. Ethische Ein-

---

<sup>478</sup> Zum Problem von Klassifikationen siehe auch die Beiträge in Douglas & Hull (1992).

<sup>479</sup> Siehe Thévenot (2001b: 410).

<sup>480</sup> Vgl. Thévenot (2001b: 410).

wände gegen Technologien greifen dabei oftmals zu kurz.<sup>481</sup> Denn solange ethische Argumente sich nicht auf die kontingenten Verhältnisse in einer Gesellschaft einlassen wollen, müssen sie plausibel machen, warum eine bestimmte Handlungsweise unabhängig von den Umständen nie erlaubt sein soll. Dabei handelt es sich in Wirklichkeit bei den vorgebrachten Bedenken oftmals um Fragen der Sozialverträglichkeit technologischer Entwicklungen, die erst dann eingebracht werden können, wenn die Auswirkungen der entsprechenden Handlungszusammenhänge öffentliche Bedeutung erlangen. Dagegen greifen die Versuche, technologische Entwicklungen mittels ethischer Argumentationen abzuwenden, meines Erachtens meist in unangemessener Weise in die persönliche Handlungssphäre ein; denn es wird behauptet, dass die beanstandete Handlungsweise keinem Individuum je frei stand. Die Differenz zwischen Argumenten der Sozialverträglichkeit und ethischen Argumenten besteht darin, dass Sozialverträglichkeit im historisch kontingenten Gefüge der bestehenden Handlungsordnungen beurteilt werden muss. Die Rechte, die hierbei in Anspruch genommen werden, erwachsen aus der fünften Kategorie der Grundrechte,<sup>482</sup> d.h. aus epistemischer Souveränität. Dagegen müssen ethische Argumente dann eingebracht werden, wenn die Menschenwürde verletzt wird oder die Grundlagen der demokratischen Gleichheit überhaupt untergraben werden. Hier werden Rechte in Anspruch genommen, die sich aus den vier übrigen Kategorien der Grundrechte ergeben.<sup>483</sup> Beispielsweise muss eugenischen Implikationen, die das Klonen von Menschen haben könnte, auf diese Weise begegnet werden.<sup>484</sup>

Ein rechtstheoretisch wichtiger Unterschied zwischen diesen beiden Formen der Argumentation besteht daher hinsichtlich der Rechtsform, in die diese Argumente gebettet werden müssen. Da ethische Argumente im Prinzip losgelöst von den konkreten gesellschaftlichen Verhältnissen sind, entwickeln sie ihre argumentative Kraft unabhängig davon, in welchen rechtsförmig gestalteten Foren sie eingebracht werden. Entscheidend ist nur, dass solche Argumente gegenüber dem Rechtsstaat überhaupt artikuliert werden können. Unter diesen Voraussetzungen ist kommunikative

---

<sup>481</sup> Hier verstehe ich ethisch Argumente nicht als Begründungen guten Lebens, wie dies Habermas oft tut, sondern in dem Sinn, dass die Verletzung der Menschenwürde kritisiert wird.

<sup>482</sup> Habermas (1992: 156f.).

<sup>483</sup> Habermas (1992: 155f.). In diesem Sinn erörtert Habermas (1993) den kanadischen Verfassungsstreit um die Rechtsstellung der frankophonen Bevölkerung in Quebec, wie ich bei der Diskussion der Kämpfe um Anerkennung gezeigt habe.

<sup>484</sup> So verändert das Klonen die „Unverfügbarkeit eines kontingenten Befruchtungsvorgangs“, was laut Habermas (2001b: 29f.) „eine notwendige Voraussetzung für das Selbstseinkönnen und die grundsätzlich egalitäre Natur unserer interpersonalen Beziehungen“ untergräbt. Das Klonen stellt so die transzendentalpragmatische Gleichheit selbst in Frage.

Macht ohne weitere Rechtsform ausreichend. Dagegen müssen Fragen der Sozialverträglichkeit durch Abwägen von Handlungsordnungen und entsprechender Qualifikationen beurteilt werden. Solche Entscheidungen lassen sich nicht von einem unparteilichen Standpunkt aus einschätzen, sondern erfordern, dass die notwendigen Aushandlungsprozesse aus der Sicht der Beteiligten erfolgen und rechtsförmig gestaltet werden.

### 2.2.3 Realitätsbezug normativer Kontroversen

Qualifikationen von Personen und Dingen sind eine notwendige Bedingung für den Realitätsbezug normativer Kontroversen. Daher können nicht allein die Normen einem Rechtfertigungszwang ausgesetzt werden, sondern ebenso müssen die Qualifikationen der Kritik unterworfen werden. Rechtssoziologisch interessant sind die Herausforderungen, die Qualifikationen im Regulationsrecht von Technologien stellen. Rechtstheoretisch gilt es dagegen, die Bedingungen herauszuarbeiten, unter denen die Legitimität von Qualifikationen überhaupt zu beurteilen ist.

Rechtstheoretisch können zwei Formen illegitimer Qualifikationen von Personen unterschieden werden: Die eine Form betrifft Qualifikationen, die den Status von Rechtspersonen, der aus der transzendentalpragmatischen Gleichheit abgeleitet wird, unmittelbar verletzen. Sowohl für Habermas wie auch für Boltanski und Thévenot beruhen etwa eugenische Praktiken auf solcherart illegitimen Zuschreibungen gegenüber Personen.<sup>485</sup> Neben diesen illegitimen Qualifikation, denen mit ethischen Argumenten – etwa der Verletzung der Menschenwürde – entgegengetreten wird, gibt es aber die oben erläuterte zweite Form von Qualifikationen, deren Legitimität von einem je historisch kontingenten Gefüge der Handlungsordnungen abhängt. Diese zweite Form der Qualifikation führt nach Ansicht von Boltanski und Thévenot Fragen der politischen Theorie und der Rechtstheorie mit Themen der Handlungstheorie und der Erkenntnistheorie zusammen:

The attention paid to this operation, which is never taken into account in the theories of justice, draws us closer to the theories of action and judgment.<sup>486</sup>

Die Entfaltung neuer Rechtfertigungsordnungen zeigt, dass die erforderlichen Qualifikationen nicht allein die Handlungserwartungen zwischen Personen – also das System der Normen – betreffen. Insofern ist das Problem nicht mit der Frage erschöpft, welche Handlungserwartungen in Gesetzgebungen verbindlich festgelegt

<sup>485</sup>

Siehe dazu Boltanski & Thévenot (1991: 103-106) sowie Habermas (2001b).

werden. Ebenso wenig stellen Qualifikationen bloß eine epistemische Herausforderung dar, bei der die wahre Beschaffenheit von Dingen oder Personen bestimmt werden muss. Qualifikationen stellen die Rechtsgemeinschaft vor ein komplexeres Problem: Die Festlegung der wahren Beschaffenheit von Dingen (Erkenntnistheorie) sowie der erforderlichen Kompetenzen von Personen (Handlungstheorie) müssen den Anforderungen gerechter Handlungskoordination (politische Theorie) in einem rechtsförmig angemessenen Verfahren (Rechtstheorie) genügen.

Qualifikation dienen dazu, die legitime Handlungsordnung als Grundlage des Vollzugs zu bestimmen. Wie das Beispiel der Kennzeichnungspflicht für gentechnisch veränderte Lebensmittel rechtssoziologisch zeigt, kann die allgemein abstrakte Norm (die Kennzeichnungspflicht) im Hintergrund unangetastet bleiben, während die neu gestalteten Qualifikationen die Rechtswirklichkeit tief greifend verändern. Das heißt, dass nicht jede Veränderung der Rechtswirklichkeit mit einer expliziten Änderung im Normensystem einhergehen muss und die Anpassung der Rechtsnormen folglich keine notwendige Bedingung für die Umgestaltung der Rechtswirklichkeit ist. So blieb beispielsweise bei der Revision der Kennzeichnungspflicht für gentechnisch veränderte Lebensmittel die Rechtsnorm, die diese Pflicht verbürgt, unverändert. Da ich zudem gezeigt habe, dass die Qualifikation rechtserheblicher Sachverhalte eine notwendige Bedingung der Rechtswirklichkeit ist, folgt, dass das Recht nur schon durch die Anpassung von Qualifikationen geändert werden kann. Daraus habe ich den Schluss gezogen, dass Qualifikationen Teil der Rechtstheorie sein müssen.

### *2.2.3.1 Kompromisse, Diskursprinzip und das erste Kriterium legitimer Qualifikation*

Das Beispiel der revidierten Kennzeichnungspflicht zeigt, dass die Qualifikation der rechtserheblichen Sachverhalte für die Kennzeichnung von gentechnisch veränderten Lebensmitteln auf einem Kompromiss beruht. In der Rechtstheorie haftet einem Kompromiss allerdings der Makel an, dass er aufgrund vorübergehender strategischer Überlegungen zustande kommt und daher eher ein soziales Phänomen ist, das keine spezifisch rechtstheoretischen Probleme für die Rechtsform aufwirft. Demnach könnten für Qualifikationen keine spezifischen rechtsförmigen Kriterien genannt werden. Ich werde in den nächsten drei Abschnitten zeigen, dass dies gleichwohl möglich ist.



Der Makel eines Kompromisses ist Habermas zufolge, dass er sich nicht wie „ein rational motiviertes Einverständnis auf Gründe stützt, die alle Parteien *in derselben Weise* überzeugen“, vielmehr „kann ein Kompromiss von verschiedenen Parteien aus jeweils *verschiedenen* Gründen akzeptiert werden.“<sup>487</sup> Ein Kompromiss wird demnach aus strategischen Überlegungen, d.h. aufgrund der subjektiven Sicht auf die kontingent gegebenen Handlungsoptionen, eingegangen und nicht kraft Einsicht in die für alle gleichen, gegebenen Zusammenhänge. Ein Kompromiss erzeugt vorübergehende Allianzen die mit sozial mächtigen Akteuren eingegangen werden.<sup>488</sup> Auf diese Weise droht, die „Kette einer rationalen Willensbildung“ zu reißen, „wenn das Diskursprinzip in Verhandlungen nicht auf indirekte Weise doch noch zur Geltung gebracht werden könnte.“<sup>489</sup> So ergibt sich die folgende rechtstheoretische Aufgabe: Wenn Qualifikationen im Recht für die Festlegung von Typologien rechtserheblicher Sachverhalte unvermeidlich sind, und diese Qualifikationen durch Kompromisse erzielt werden müssen, dann muss erläutert werden, wie das Diskursprinzip auch in solchen Situationen seine egalitäre Wirkung entfalten kann.

Sekundäre Naturwüchsigkeiten, auf die sich die Verwaltungen in ihren Entscheiden stützen,<sup>490</sup> sind gemäss Habermas zunächst unter drei Voraussetzungen akzeptabel:

Naturwüchsige oder nicht-regulierte Verhandlungen zielen auf Kompromisse, die für die Beteiligten unter drei Bedingungen akzeptabel sind. Solche Kompromisse sehen ein Arrangement vor, das (a) für alle vorteilhafter ist als gar kein Arrangement, das (b) Trittbrettfahrer, die sich der Kooperation entziehen, und (c) Ausgebeutete, die in die Kooperation mehr hineinstecken als sie aus ihr gewinnen, ausschließt. Verhandlungsprozesse sind auf Situationen zugeschnitten, in denen soziale Machtverhältnisse nicht, wie es in rationalen Diskursen vorausgesetzt wird, neutralisiert werden können.<sup>491</sup>

Diese Bedingungen gelten nur für akzeptable Kompromisse, denn sie nennen nur die Gesichtspunkte, nach denen die außenstehenden Betroffenen das Resultat der Aushandlungsprozesse beurteilen sollten. So war beispielsweise die revidierte Legaldefinition für gentechnisch veränderte Lebensmittel für alle insofern ein Vorteil, als damit die Kennzeichnungspflicht weiterhin in einer Weise vollzogen werden konnte, die Rechtssicherheit gewährleistete. Denn die Einführung von einem Massenprozent gentechnisch veränderten Materials stellte den Vollzug auf einen eindeutigeren Sachverhalt ab, als es der ursprüngliche Vollzug erlaubte, der sich auf die relative

<sup>487</sup> Habermas (1992: 205).

<sup>488</sup> Vgl. Habermas (1992: 519).

<sup>489</sup> Habermas (1992: 205).

<sup>490</sup> Siehe dazu Habermas (1992: 519)

<sup>491</sup> Habermas (1992: 204f.).

Vermischung ohne quantitative Angabe stützte. In der revidierten Fassung wurden daher Verstöße kontrollierbar und Sanktionen konnten ausgesprochen werden. Dies verhindert Trittbrettfahrer, die ihre Pflichten nur scheinbar erfüllen und in Wahrheit aus der Kooperation aussteigen. Wird die Frage nach der Ausbeutung in einem unmittelbaren materiellen Sinn gestellt, dann führte die Revision wohl kaum zu Ausbeutungen. Das Konzept der Ausbeutung kann aber auch weiter gefasst werden: Darunter können auch nachhaltige Verschlechterungen der Handlungsposition gemeint sein. Eine solche Verschlechterung kann daraus resultieren, dass manche Akteure im Kooperationszusammenhang aufgrund der neuen Qualifikation der Kompetenzen von Personen einen eingeschränkteren Entscheidungs- und Handlungsraum antreffen. So können die Konsumentinnen und Konsumenten nach der Revision ihren Gesundheitsschutz hinsichtlich gentechnisch veränderter Nahrungsmittelbestandteile nicht mehr selbstständig durchführen.

Im Weiteren ist ein akzeptabler Kompromiss nach diskurstheoretischen Kriterien nicht schon selbstredend ein legitimer Entscheid. Denn wenn nachträglich dem Kompromiss als vorgegebene und meist einzige Option zugestimmt wird, bedeutet dies, dass die Betroffenen vom eigentlichen Aushandlungsprozess ausgeschlossen blieben. Darauf weisen die sozialen Machtverhältnisse hin, die in den Aushandlungsprozessen nicht ausgesetzt werden. Deshalb fordert Habermas „Verfahren, die die Verhandlungen unter Fairness-Gesichtspunkten regulieren.“<sup>492</sup> Doch auf diese Weise führt die Antwort von Habermas auf das rechtstheoretische Problem, wie das Diskursprinzip angesichts notwendiger Qualifikationen im Recht wirksam bleiben kann, zurück zum Ausgangspunkt. Die Frage wird zur unzureichenden Antwort; denn wenn nachgehakt wird, was denn nun hier fair sei, dann lautet die vermeintliche Lösung: die „gleiche Chance der Teilnahme“<sup>493</sup> – also die Einhaltung des Diskursprinzips. Ein solcher Verweis auf das prozeduralistische Rechtsparadigma genügt indes nicht, um zu klären, welche Rechtsform das Diskursprinzip annehmen sollte, damit Typologien rechtserheblicher Sachverhalte in rechtstheoretisch angemessener Weise qualifiziert werden können. Erstens bedeuten rechtsförmig organisierte Entscheidungsprozesse immer, dass nicht alle beteiligt werden können und Optionen vorgängig ausgehandelt werden. Zweitens entfalten technische Handlungsordnungen eigenständige Optionen, die nicht unter gleichen Teilnahmechancen entwickelt werden. Wenn die dazugehörigen Qualifikationen einfach ausgeblendet

---

<sup>492</sup> Habermas (1992: 205).

<sup>493</sup> Habermas (1992: 205).

werden sollen, dann werden sie wie falsche Überzeugungen behandelt und nicht als Innovationen betrachtet, die neue Handlungsoptionen eröffnen.

Die spezifischen Machtverhältnisse in der Form des epistemischen Machttypus können bei der Bestimmung der Qualifikationen nicht ausgesetzt werden. Denn wenn die Realität der Handlungsordnungen als Institutionen berücksichtigt werden soll, dann müssen auch die in diesen Ordnungen geltenden Qualifikationen akzeptiert werden. Die Unternehmen, die Lebensmittel produzieren, die Großverteiler oder Ladenketten wie auch die Konsumentenschutzorganisationen oder die Behörden bringen die Erfahrungen aus ihren Handlungsordnungen mit, die Dinge und Personen in unterschiedlichster Weise qualifizieren. Aber ein angemessener Vollzug lässt sich nur dann formulieren, wenn diese Erfahrungen und die dazugehörigen sozialen Positionen nicht ausgesetzt werden, sondern reflektiert und aufeinander abgestimmt werden. Denn ohne diese Erfahrungen findet die Rechtsanwendung keinen Halt in der gemeinsamen Realität der Rechtsgemeinschaft. Dies ist kein bloß rechtssoziologisches Problem, wie im Rahmen der Rechtsordnung Machtmissbrauch verhindert werden kann. Vielmehr kann eine erfolgreiche, sozial stabile Qualifikation nur gelingen, wenn auch rechtstheoretisch gerade nicht von den sozialen Positionen der Akteure abgesehen wird. Das bedeutet aber, dass neben den transzendentalpragmatischen Gleichheiten auch solche Maßstäbe gültig bleiben können, die in Handlungsordnungen qualifizierte Gleichheiten darstellen. In Technologien verdinglichte Qualifikationen werden nicht als falsche Überzeugungen entlarvt, sondern sie müssen gegenüber alternativen Qualifikationen abgewogen werden.

Qualifikationen schaffen den Realitätsbezug, auf den allgemein abstrakte Normen angewiesen sind, wenn sie angewendet werden sollen. Gemäss Boltanski und Thévenot sind sie unverzichtbar für den Realitätstest (*reality test*) moralischer oder normativer Erwartungen:

This competence [to make an agreement] must allow the formation of arguments that are acceptable in justice, as well as the construction of *assemblies of objects*, arrangements that hold together, the fitness of which can be demonstrated. These arrangements are necessary in order to test the claims made by the persons. The notion of *test* plays a central part in our construction. In opposition to 'the linguistic turn', it inclines towards realism. Indeed, for persons to be able to reach an agreement in practice, not only in principle, a reality test has to take place, accompanied by a codification or, at least, an explicit formulation of valid proof. In order to be able to take these proofs into consideration, the model of analysis must be able to enliven the presence not only of persons – the sole beings of political philosophy – but also of objects.<sup>494</sup>

494

Boltanski &amp; Thévenot (2000: 212f.). Vgl. auch Boltanski &amp; Thévenot (1999: 367).

Damit eine Einigung über die angemessene Handlungskoordination zustande kommen kann, müssen Boltanski und Thévenot zufolge sowohl die Handlungserwartungen als auch die Typologien der Anwendungsfälle verbindlich festgelegt sein. Deren Anwendbarkeit muss aufgezeigt werden können. Das bedeutet, dass die Anwendungskriterien transparent sein müssen, so dass sie der öffentlichen Kritik ausgesetzt werden.<sup>495</sup> Dieses Kriterium nennt eine erste Bedingung, wie die Teilhabe an der epistemischen Genese des Rechts zu verstehen ist. Die abstrakten Normen müssen in der Rechtswirklichkeit fassbar gemacht werden. Dies ist eine notwendige Bedingung dafür, dass die Kette der Begründungen zwischen den Verwaltungen und der aufmerksamen Öffentlichkeit wieder geschlossen werden kann. In diesem Sinn verlangen Boltanski und Thévenot, dass der Realitätstest geregelt wird, oder zumindest bestimmt wird, welchen Kriterien ein gültiger Test zu genügen hat. Dies ist eine zweite Bedingung, die erfüllt sein muss, damit die Teilhabe an der epistemischen Genese der Rechtswirklichkeit möglich wird. Diese beiden Bedingungen – Transparenz und Verfahren – sind freilich auch nicht präziser als Habermas' Forderung nach chancengleicher Teilnahme. Doch die Forderungen ergänzen einander, insofern die Teilhabe geregelt erfolgen muss, was Transparenz und Verfahren erfordert.

Allerdings gilt es, die rechtstheoretische Schwierigkeit auszuräumen, wie mit dem Realitätszwang von Qualifikationen im Diskurs umgegangen werden soll. Das Diskursprinzip verlangt gestützt auf die vier Voraussetzungen der idealen Sprechsituation,<sup>496</sup> dass Realitätszwänge ausgesetzt werden müssen. Insbesondere soll die vierte Voraussetzung „Privilegierungen im Sinne einseitig verpflichtender Handlungs- und Bewertungsnormen“<sup>497</sup> ausschließen, wogegen die Qualifikation von Personen in Handlungsordnungen gerade solche einseitigen Privilegierungen erzeugt und verstärkt, indem Personen Kompetenzen zugeschrieben werden. Nun soll aber gestattet sein, in den Aushandlungsprozessen auf solche Qualifikationen Bezug zu nehmen. Wenn also die Qualifikation von Typologien im Recht überhaupt dem Demokratieprinzip soll genügen können, dann muss diese Divergenz

---

<sup>495</sup> Vgl. Thévenot (2001a: 70).

<sup>496</sup> In der idealen Sprechsituation gilt erstens die Chancengleichheit, an einem Diskurs teilzunehmen oder einen solchen zu eröffnen, und zweitens herrscht Redegleichheit, welche allen an einem Diskurs Beteiligten das gleiche Recht einräumt, Geltungsansprüche zu problematisieren. Drittens wird von den Diskursteilnehmern Wahrhaftigkeit verlangt, die nicht nur in die Pflicht sondern auch das Recht der Teilnehmenden auf repräsentative Sprechakte einschließt. Schließlich verlangt Habermas Realitätszwänge zu suspendieren. Habermas (1984: 174-183).

<sup>497</sup> Habermas (1984: 178).

überbrückt werden: Es muss erklärt werden, wie Realitätszwänge aufgehoben sein können, wenn gleichzeitig die bestehenden Handlungsordnungen und deren Qualifikationen begründende Kraft besitzen sollen.

Diese Schwierigkeit kann durch Verweis auf den Unterschied zwischen der zwei- und der dreistellige Relation der Geltung gelöst werden. Die Lösung besteht darin, die „jeweils bestehenden Verständigungsverhältnisse“<sup>498</sup> nicht absolut angesetzt werden. Realitätszwänge auszusetzen heißt nicht den, Realitätsbezug aufzugeben. Vielmehr heißt Realitätszwänge auszusetzen, dass die Verständigungsverhältnisse oder Qualifikationen nicht für alle schon zwingend sein müssen, sondern dass aufgezeigt wird, warum aufgrund anderer Qualifikationen von Personen und Dingen divergierende Realitätszwänge und Handlungsoptionen entstehen. Realitätszwänge, in dem Sinn wie sie die Diskurstheorie ablehnt, bleiben nur dann bestehen, wenn aufgrund von Machtverhältnissen die Möglichkeit vereitelt wird, solche Alternativen aufzuzeigen. Deshalb kann der Status von Sachverständigen stoßend wirken, sobald deren Qualifikationen von Personen und Dingen nicht mit alternativen Konzeptionen abgewogen werden dürfen.

Demgemäß schlage ich ein erstes Kriterium vor, nach dem die Legitimität von Qualifikationen beurteilt werden muss:

- (1) Der Aushandlungsprozess muss so geregelt werden, dass keine alternativen Qualifikationen von vornherein ausgeschlossen werden.

Solche alternative Qualifikationen können beispielsweise durch den Status von Sachverständigen ausgeschlossen werden, wenn nur bestimmtes Sachwissen berücksichtigt wird. Damit wird nicht etwa pseudowissenschaftlichen Spekulationen Tür und Tor geöffnet,<sup>499</sup> sondern alternative Qualifikationen müssen in Handlungsordnungen verankert sein, weshalb sie immer einen Realitätsbezug besitzen. Zudem kann aus diesem Anspruch im Aushandlungsprozess nicht das weitere Recht abgeleitet werden, alternative Handlungsordnungen oder Lebensformen seien vom Staat aktiv zu fördern, damit alternative Optionen offen stehen. Das mag für eine Gesellschaft klug sein, kann aber meines Erachtens nicht prinzipiell gefordert werden.

---

<sup>498</sup> Habermas (2001a: 35).

<sup>499</sup> Van den Daele (1997: 227) beklagt beispielsweise, dass in der Auseinandersetzung um gentechnologische Risiken immer weniger auf „die erkennbaren (und damit auch kontrollierbaren) Risiken“ abgestellt wird, sondern zunehmend auf „die vermuteten und verborgenen Risiken, die man weder erkennen noch kontrollieren kann.“

### 2.2.3.2 Realitäten, Werte und das zweite Kriterium legitimer Qualifikation

Der für Qualifikationen erforderliche Realitätsbezug steckt in überindividuellen Annahmen über den Bezug zu den Dingen, die die Handlungskoordination in Handlungsordnungen ermöglichen. Deshalb verlangen Boltanski und Thévenot, dass die Analyse der Handlungskoordination sich nicht allein auf die Gleichheit zwischen Personen beschränke, sondern auch den Umgang mit Dingen mit einschließe.<sup>500</sup> Die politische Autonomie der Bürgerinnen und Bürger regelt bloß deren Status untereinander und garantiert die egalitäre Teilhabe an der demokratischen Genese des Rechts.<sup>501</sup> Doch diese Gleichheit unter Personen sagt unmittelbar nichts darüber aus, wie der Bezug zu den Dingen in einer gemeinsamen Welt geregelt werden soll. In diesem Sinn ist die Kritik von Boltanski und Thévenot an der politischen Philosophie zu verstehen, die nach deren Meinung Handlungsordnungen auf eine abstrakte Ebene der Gleichheit zwischen Menschen reduziert.<sup>502</sup> Dass diese Kritik nicht ganz zutreffend ist, zeigt Habermas' Versuch eine eigenständige fünfte Kategorie von Grundrechten zu formulieren, die sich dieser Problematik annehmen soll.<sup>503</sup> Gleichwohl ist die Kritik insoweit zutreffend, als auch bei Habermas Handlungsordnungen als rechtssoziologische Faktoren außerhalb des Theoriegebäudes verbleiben, und es Habermas in *Faktizität und Geltung* daher nicht gelingt, diese Kategorie wirklich zu entfalten.

Ein zentraler Grund für das Scheitern Habermas' ist nach meiner Einschätzung, dass es ihm nicht gelingt, den Naturalisierungen einen angemessenen Platz in seinem Theoriegebäude einzuräumen. Ich habe dies damit erklärt, dass Habermas zu sehr von einer diskurstheoretischen Perspektive ausgehend argumentiert, so dass historisch kontingente Naturalisierungen und Überzeugungen im objektiven Bezugssystem so transformiert werden, dass sie ihre eigenständige begründende Kraft verlieren. Diese Spannung zwischen einer gesellschaftstheoretischen Analyse des Alltags, die das kognitive Bezugssystem aus objektiver und sozialer Welt als Raster verwendet, und einer rechtlichen Neuordnung der Alltagswelt, die ein Bezugssystem zu Grunde legt, das im Alltag selbst verwurzelt ist, habe ich im Zusammenhang mit theoretischen Konzeptionen des Alltags eingehend erläutert.

---

<sup>500</sup> In diesem Sinn Boltanski & Thévenot (2000: 213).

<sup>501</sup> Siehe dazu Habermas (1992: 154-165).

<sup>502</sup> Siehe oben die Bemerkung „persons – the sole beings of political philosophy“ im Zitat von Boltanski & Thévenot (2000: 213).

<sup>503</sup> Entsprechend Habermas (1992: 156f.). Vgl. auch etwa die Idee der Grundgüter bei Rawls (1998: 271-286).

Nun möchte ich auf einen weiteren Grund hinweisen, weshalb die Bindung an bestehende Handlungsordnungen und deren Naturalisierungen für Habermas rechtstheoretisch problematisch sein könnte. Denn die Handlungsordnungen und deren Qualifikationen sind an Kollektive gebunden. Wenn aber die Rechtswirklichkeit an Qualifikationen geknüpft wird, dann läuft sie Gefahr, sich an Werten und nicht mehr an Normen zu orientieren. Dies widerspricht dem Neutralitätsgebot gegenüber Fragen der Lebensführung, das zumindest für den liberalen Rechtsstaat gilt.<sup>504</sup> Der Rechtsstaat zeichnet sich gerade dadurch aus, dass die Handlungskoordination durch allgemein abstrakte Normen geregelt wird und deshalb nicht an Wertvorstellungen gebunden werden sollte. Normen gelten für alle Adressaten gleichermaßen, da sie für alle verbindliche Handlungserwartungen festlegen; Normen sind entweder gültig oder nicht gültig, und es ist daher nicht möglich im Einzelfall, aufgrund einer besonderen Wertung, eine Norm einer anderen vorzuziehen; Normen sollen nicht die Wertvorstellungen spezifischer Kollektive wiedergeben, sondern für alle gleichermaßen Geltung beanspruchen können. Kurz: Normen sind im Gegensatz zu Werten obligatorisch und nicht bloß teleologisch, binär und nicht graduell kodiert, sowie absolut und nicht relativ.<sup>505</sup> Normen zeichnen sich folglich dadurch aus, dass sie den beschränkten Horizont eines Kollektivs, dessen Wertvorstellungen und Erfahrungen überschreiten; oder anders: Normen lassen die Naturalisierungen von Kollektiven hinter sich.

Im Mittelpunkt steht die Vorstellung, dass Normen absolut und nicht relativ sein sollen, so dass die Frage nach der richtigen Handlung im Rechtsstaat für Habermas danach zu beantworten ist, was „gleichermaßen gut *für alle*“<sup>506</sup> ist. Dagegen richten sich Werte nach Kultur und Lebensform, und das Kollektiv wählt daher ein „Verhalten, das im ganzen und auf lange Sicht gut ist *für uns*“<sup>507</sup>. Grundrechte, die sich aus der Verschränkung von Diskursprinzip und Rechtsform ergeben, sind für Habermas Normen:

Als Normen regeln sie [d.h. Grundrechte] eine Materie im gleichmäßigen Interesse aller; als Werte bilden sie in der Konfiguration mit anderen Werten eine symbolische Ordnung, in der sie Identität und Lebensform einer partikularen Rechtsgemeinschaft ausdrücken.<sup>508</sup>

---

<sup>504</sup> Vgl. dazu auch Habermas (1993: 164f.).

<sup>505</sup> Siehe dazu Habermas (1992: 311).

<sup>506</sup> Habermas (1992: 312).

<sup>507</sup> Habermas (1992: 312).

<sup>508</sup> Habermas (1992: 312).

Wenn nun die fünfte Kategorie der Grundrechte (d.h. in meiner Terminologie die epistemische Souveränität) an Handlungsordnungen gebunden wird, besteht die Gefahr, dass das Recht an die Identität und Lebensform von partikularen Kollektiven geknüpft wird. Wodurch diese Kategorie der Grundrechte gerade nicht mehr gewährleisten würde, dass Normen absolut (d.h. im Sinn aller) ausgelegt würden. Zudem bedeutet die Orientierung an Handlungsordnungen, dass „funktionalistische auf Kosten normativer Argumente die Oberhand gewinnen“<sup>509</sup> können. Durch den Bezug auf differenzierte Handlungsbereiche droht aber die Kohärenz des Normensystems zu zerfallen.<sup>510</sup>

Allerdings ist die fünfte Kategorie der Grundrechte selbst für Rechte konstitutiv, die als Normen bestimmen, unter welchen Bedingungen partikuläre Wertvorstellungen bei der Aushandlung von Qualifikationen berücksichtigt werden können. Die Kriterien für eine legitime Qualifikation sollen solche Aushandlungsprozesse in einer Weise regeln, die gut für alle ist. Das bedeutet, die epistemische Souveränität wird durch Normen geregelt, auch wenn im Aushandlungsprozess selbst auf Handlungsordnungen Bezug genommen wird, die gut für Kollektiv sind. Epistemische Souveränität verankert das abstrakte Normensystem, das als System kohärent sein muss, in differenzierte Handlungsordnungen und schafft mittels geeigneter Typologien rechtserheblicher Sachverhalte in der Rechtswirklichkeit Kohärenz (darauf werde ich bei der Entwicklung des dritten Kriteriums im folgenden Abschnitt zurückkommen).

Klaus Günther versucht, wie ich dargelegt habe, mit der Unterscheidung zwischen verschiedenen Kriterien für die Normenbegründung und die Normenanwendung das Problem der Kohärenz in eine rechtstheoretische Form zu bringen: In der Normenbegründung zählen die Interessen aller vor dem Hintergrund gleichbleibender Umstände, während bei der Normenanwendung die Situationsdeutungen auf die Lebensform bezogen werden und die Interessen sowie die geltenden Normen gleich bleiben.<sup>511</sup> Diese Argumentation zeigt aber bloß auf, dass es rechtstheoretisch Sinn macht, die Normenanwendung auf die partikularen Umstände einer Lebensform zu beziehen, hingegen geht Günthers Kohärenzkriterium davon aus, dass die fragliche Lebensform bloß eine sei.<sup>512</sup> Aber genau dies scheint angesichts der Vielfalt von Handlungsordnungen unplausibel.

---

<sup>509</sup> Habermas (1992: 316).

<sup>510</sup> Siehe Habermas (1992: 317).

<sup>511</sup> Siehe Günther (1988: 287-307).

<sup>512</sup> Siehe Günther (1988: 304f.).



Nichtsdestotrotz kann Günthers Kohärenzkriterium für die Normenanwendung in einer Weise umformuliert werden, dass es angesichts der Vielfalt von Handlungsordnungen in modernen Lebensformen eingesetzt werden kann. Denn das erste Kriterium, nach dem der Aushandlungsprozess so geregelt werden muss, dass keine alternativen Qualifikationen von vornherein ausgeschlossen werden, schützt davor, dass die Normenanwendung gestützt auf partikulare Machtverhältnisse und Sichtweisen auf die gemeinsame Welt vollzogen wird. Das heißt, dass die maßgebliche Lebensform nicht durch Macht bestimmt werden soll. Damit steht einer Pluralisierung der Lebensformen nichts im Wege, wenn der Bezug auf Werte einem Kriterium unterworfen wird.

Daher schlage ich ein *zweites Kriterium* für die legitime Qualifikation vor:

- (2) Werte dürfen in die Qualifikation der Typologien rechtserheblicher Sachverhalte einfließen, wenn sie aus einer Lebensform bzw. Handlungsordnung der Rechtsgemeinschaft stammen und die resultierende Qualifikation im Recht auch für alle anderen betroffenen Lebensformen bzw. Handlungsordnungen zulässig ist.

Auf diese Weise wird die Qualifikation nicht an Interessen sondern an praktizierte Lebensformen und bestehende Handlungsordnungen gebunden. Gleichwohl bleibt die Frage im Raum, unter welchen Umständen eine Qualifikation im Recht noch zulässig ist. Diese Frage werde ich anschließend anhand des dritten Kriteriums beantworten.

Zunächst bleibt aber ein naheliegender Einwand zu klären: Das zentrale Gut, das einer Handlungsordnung zu Grunde liegt, muss nicht dem Schutzgut eines Gesetzes entsprechen. So ist etwa das zentrale Gut der Handlungsordnung des Lebensmittelmarktes die (erfolgreich verkaufte) Handelsware. Von dieser Handlungsordnung wurde bei der Revision der Kennzeichnungspflicht gentechnisch veränderter Lebensmittel ausgegangen. Das Schutzgut der Kennzeichnungspflicht ist aber die Wahlfreiheit und damit verbunden der Täuschungsschutz der Konsumentinnen und Konsumenten. Dann scheint es jedoch angezeigt, sich an diesem Schutzgut und nicht an einem partikularen Gut zu orientieren, das für eine Handlungsordnung zentral ist. Allgemeiner formuliert lautet der Einwand, dass keine Güter und damit verkoppelte Wertvorstellungen in den Vollzug von Rechtsnormen eingeführt werden sollten, die nicht aus deren Schutzgut abgeleitet werden können.

Das Schutzgut legt allerdings nur fest (meist in der Form einer Generalklausel), im Hinblick auf welches Allgemeingut die verbindliche Handlungskoordination zu erfolgen hat. Das Allgemeingut ist aber zuwenig präzise gefasst, als dass daraus ein ausreichender Realitätsbezug für den Vollzug erschlossen werden könnte. Genau das war ja das Problem, als die Behörden die wahre Beschaffenheit von gentechnisch veränderten Lebensmitteln festlegen mussten, über die die Konsumentinnen und Konsumenten nicht getäuscht werden sollten. Der Vollzug ging ursprünglich von absolut reinen konventionellen Lebensmitteln aus, so dass jeder noch so geringe Anteil gentechnisch veränderten Materials gekennzeichnet werden sollte. Wird diese Präzisierung in das Schutzgut aufgenommen, dann ist die wahre Beschaffenheit für den Vollzug hinreichend präzisiert. Nur erweist sie sich dann für den Vollzug als unbrauchbar, sobald die Segregation zwischen den Produktionsketten mit gentechnisch veränderten und konventionell hergestellten Nahrungsmitteln nicht mehr absolut gegeben ist und Vermischungen auf dem Weltmarkt technisch unvermeidbar werden.

Die rechtstheoretische Frage ist dann, ob solche Veränderungen der Handlungsordnungen im allgemeinen als ausreichende Gründe für die Behörden angesehen werden sollen, den Vollzug an die neuen Verhältnisse anzupassen (unter Beachtung der Kriterien legitimer Qualifikation), oder ob dann eine neue Gesetzgebung erforderlich wird, die das (angereicherte) Schutzgut bestätigt oder reformuliert. Eine Rechtstheorie, die im Namen des prozeduralistischen Rechtsparadigmas den Ball sofort wieder an die Gesetzgebung zurückspielen will, verkennet meines Erachtens die sinnvolle Unterscheidung zwischen Normenbegründung und Normenanwendung, für die Günther plausible rechtstheoretische Gründe vorbringt. Zudem scheint mir ein solches Vorgehen schlicht unpraktikabel, da damit jegliche Anpassung auf Verordnungsebene auf Gesetzesebene legitimiert werden müsste, so dass die Kompetenz der Behörden, die Rechtswirklichkeit im Vollzug angemessen zu gestalten, ungenutzt bleiben müsste. Die Gewaltenteilung und die Stufenordnung in der Rechtssetzung, die zwischen Verfassungsrecht, Gesetzgebung und Erlass von Verordnungen unterscheidet, würden dadurch untergraben.

Ein zweiter Einwand knüpft an den ersten an: Schon im Gesetzgebungsprozess wird nicht allein auf normative sondern auch auf pragmatische Gründe zurückgegriffen, die sich aus den historisch kontingenten Umständen der Rechtsgemeinschaft ergeben.<sup>513</sup> Insofern scheint es unnötig, über die Qualifikation nochmals einen Rückgriff

---

<sup>513</sup> Siehe dazu Habermas (1992: 235f.).

auf pragmatische Gründe einzuführen, die zudem an Werte gebunden sind. Bei der Diskussion der prozeduralistischen Öffnung der Gewaltenteilung im ersten Teil habe ich allerdings nahe gelegt, dass eine gleichsam nachholende Gesetzgebung, angesichts der sich wandelnden Konfiguration der Handlungsordnungen zueinander erstens nicht praktikabel ist, und zweitens dem Pluralismus der Ordnungen im Vollzug nicht gerecht wird, da so die Frage nach der Legitimität der Typologien rechtserheblicher Sachverhalte gar nicht ins Auge gefasst wird. Der zweite Einwand verfehlt daher die Problematik, die sich angesichts unvermeidlicher Qualifikationen im Recht stellt. Dass dies nicht bloß eine rechtssoziologische sondern auch eine rechtstheoretische Herausforderung ist, habe bei der Unterscheidung von rechtssoziologischer Macht oder rechtstheoretischer Ohnmacht bereits erläutert.

### 2.2.3.3 *Stabile Koppelung und das dritte Kriterium legitimer Qualifikation*

Im Vollzug müssen Rechtsnormen in mannigfaltigen Kontexten anwendbar sein. Daraus erwächst die Forderung, dass der geforderte Realitätsbezug mittels der Qualifikation von Typologien rechtserheblicher Sachverhalte hergestellt wird. Zugleich verbindet der Vollzug die Anwendungskontexte, indem Vergleichbarkeit hergestellt wird. Der Vollzug erzeugt folglich dadurch Kohärenz, dass die Gleichartigkeit von unterschiedlichen Anwendungsfällen aufgezeigt wird, und das Recht bestärkt den Zusammenhang der Rechtsgemeinschaft durch die Ausgestaltung der Rechtswirklichkeit im Vollzug. Im Vollzug wird deshalb nicht einfach auf eine bestehende gemeinsame Welt Bezug genommen, sondern diese wird vom Recht über deren Qualifikationen sichtbar gemacht. In diesem Sinn verbindet das Recht vielfältig organisierte Handlungsordnungen miteinander und steht als Institution über oder außerhalb dieser Ordnungen.<sup>514</sup> Wird dieser Gedanke nicht nur auf die Rechtsnormen sondern auch auf die Qualifikationen im Recht angewendet, dann folgt daraus, dass Typologien rechtserheblicher Sachverhalte nicht die Realitäten einer spezifischen Handlungsordnung wiedergeben sollen, sondern die Aufgabe haben, die in Frage kommenden Handlungsordnungen stabil miteinander zu verkoppeln. Gerade bei der Regulation von Technologien sollten diese Typologien folglich nicht nur natur- und ingenieurwissenschaftlich verlässlich sein, sondern auch sozial robust ges-

---

<sup>514</sup> Siehe dazu etwa die Auseinandersetzung zwischen Habermas auf der einen Seite und Luhmann sowie Teubner auf der anderen Seite in Rosenfeld & Arato (1998), die meines Erachtens den institutionellen Charakter des Rechts zu sehr entweder mit Recht als rechtsförmigem Diskurs oder mit Recht als Organisation und System gleichsetzen.

taltet werden, indem die Gesichtspunkte auf die zu regulierende Technologie durch die verschiedenen Handlungsordnungen vervielfältigt werden und in geeigneten Typologien rechtserheblicher Sachverhalte stabil verkoppelt werden.<sup>515</sup>

Als Kompromisse ermöglichen Qualifikationen im Recht eine zusammenhängende Rechtswirklichkeit, die berücksichtigt, dass Handlungsordnungen sich in unterschiedlicher Weise auf dieselbe Gruppe von Dingen beziehen. Diese Zusammenhänge entstehen dadurch, dass „Teilsysteme miteinander über *dasselbe* kommunikative Ereignis in Berührung kommen“, so dass „sich Handlungen mit jeweils verschiedenen Systemreferenzen »überschneiden« können.“<sup>516</sup> Wenn daher allein eine Handlungsordnung maßgeblich für den Vollzug wird, bleiben die reichhaltigen Erfahrungen und alltäglichen Qualifikationen im Umgang mit diesen Dingen unbeachtet, so dass die Legitimation der Maßstäbe der Rechtsanwendung verloren geht. Denn „die Integration einer hochkomplexen Gesellschaft lässt sich nicht systempa-  
ternalistisch, also an der kommunikativen Macht des Staatsbürgerpublikums vorbei, abwickeln.“<sup>517</sup> Was nun allerdings diese kommunikative Macht freilegt, und wie dies allenfalls gefördert werden kann, bleibt damit noch unausgesprochen. Meines Erachtens ist es ein schwerwiegender Irrtum, eine bereits vorhandene gemeinsame Qualifikation der Dinge zu unterstellen, wenn damit angedeutet werden soll, dass durch das wechselseitige Einlösen von Geltungsansprüchen eine solcherart gemeinsame Realität enthüllt wird. Die Klärung legitimer Qualifikationen im Recht ist kein findender sondern ein erfindender Akt, bei dem selbstverständlich auf bestehende Verhältnisse hingewiesen wird – nur kann das nicht ausreichen, um eine verbindliche Typologie festzulegen. Mit anderen Worten sollen sekundäre Naturwüchsigkeiten nicht in primäre Natur und Interessen aufgelöst werden, sondern es sollen stabile Typologien aus reflektierten Naturalisierungen gebildet werden.

Die Lebensmittelproduktion ist ein bemerkenswertes Beispiel für eine Rechtsmaterie, bei der mannigfaltige Handlungsordnungen der Vertrautheit und normal geplanter Handlungen verbindlichen Rahmenbedingungen unterworfen werden müssen.<sup>518</sup>

---

<sup>515</sup> Nowotny et al. (2001: insbesondere 167, 246-249, 258-260) sprechen in diesem Sinn von einer sozial robusten Wissensproduktion. Diese soll in einem erweiterten Forum erfolgen, das als Agora vorgestellt wird und unterschiedlichsten Sachverständigen offen steht; siehe insbesondere Nowotny et al. (2001: 201-214). Vgl. dazu auch Wynne (1995: 27-30). In der vorliegenden Auseinandersetzung versuche ich, die spezifische Rechtsform solcher Bemühungen um sozial robustes Wissen herauszuarbeiten. Epistemische Souveränität gibt demnach die Form vor, die die Agora im Recht annehmen sollte (in anderen Bereichen der Gesellschaft mögen andere Kriterien angemessen sein).

<sup>516</sup> Habermas (1992: 74).

<sup>517</sup> Habermas (1992: 427).

<sup>518</sup> Thévenot (2001b: 418).

Hier gibt es kaum Realitäten und rechtserhebliche Sachverhalte, für die nur eine einzige Ordnung ausschlaggebend ist, da sich die Ordnungen überschneiden:

Composite situations involve entities which qualify for different orders of worth. But they do not all turn into controversies. We thus use the term 'compromise' in a specific way to designate the kind of composition between orders of worth (and not only between particular interests) which suspends controversy, without having resolved it by recourse to a test in a single order of worth.<sup>519</sup>

Verschiedene Ordnungen bieten je passende Situationsdeutungen an, doch keine erscheint für sich allein angemessen. Solchermaßen verstrickte Situationen (*situations troublés, composite situations, ambiguous situations*)<sup>520</sup> entstehen, wenn verschiedene Rechtfertigungsordnungen zur Begründung normativer Erwartungen herangezogen werden können. Aus der Überlappung verschiedener Handlungsordnungen ergeben sich keine Kontroversen, solange kein stoßender Unterschied in der Rechtswirklichkeit wahrgenommen wird.

Ein stoßender Vollzug kann nicht aufgrund individueller Interessen geltend gemacht werden, die vielleicht unbeachtet bleiben, sondern muss unter Verweis auf überindividuell geltende Rechtfertigungsordnungen angemeldet werden. Dementsprechend handelt es sich um eine spezifische Form der Missachtung, die nicht die gleiche Teilhabe an der demokratischen sondern an der epistemischen Genese des Rechts betrifft. Bemühungen, allein auf eine Rechtfertigungsordnung abzustellen, indem die ethischen Grundlagen der Handlungskoordination geklärt werden, erweisen sich paradoxerweise unter diesen Umständen als nicht legitim. Denn eine solche Grundlegung ist totalitär, wenn die Rechtfertigungsordnung, die aus einer umfassend verallgemeinerten Handlungsordnung entfaltet wurde, andere Handlungsordnungen als Bezugspunkte der Rechtsfertigung verdrängt. In diesem Sinn erfordert das erste Kriterium, dass keine ungerechtfertigte Hierarchisierung der Handlungsordnungen

<sup>519</sup> Thévenot (2001b: 411); siehe auch Boltanski & Thévenot (1999: 374).

<sup>520</sup> Susan Leigh Star und James Griesemer haben das vergleichbare Konzept des Grenzübjeckts (*boundary object*) in die sozialwissenschaftliche Literatur eingeführt. Dabei handelt sich um konstruierte Objekte, die die Zusammenarbeit zwischen Akteuren aus unterschiedlichen Bereichen ermöglichen sollen (im untersuchten Fall ging es um ein zoologisches Museum an dem Tierfreunde, professionell geschulte Sachverständige und Museumsangestellte zusammenarbeiten sollten, um die Bestände des Museums zu erhalten und zu erweitern). Star & Griesemer (1989: 410f.) unterscheiden vier Arten von Grenzübjeckten: Sammlungen (*repository*), Idealtypus (*ideal type*), Grenzübereinstimmung im Umfang aber mit unterschiedlichem Inhalt (*coincident boundaries*) und standardisierte Formen (*standardized forms*). Wie Boltanski und Thévenot betonen Star und Griesemer die Bedeutung, die qualifizierte Objekte für die Kooperation von Personen aus unterschiedlichen Handlungsordnungen (oder in der etwas vageren Terminologie von Star und Griesemer „social world“). Star (1991: insbesondere 36) hat die Ausschlussmechanismen solcher markierter Objekte (*marked object*) in der Gestaltung von Technologien aufgezeigt.

und Qualifikationen Zustände kommt, indem alternative Qualifikationen aus den Erwägungen ausgeblendet werden.

Totalitär kann in diesem Sinn auch ein Vollzug sein, der zwar nicht an eine spezifische Ideologie oder an Klasseninteressen gebunden ist, sondern sich allein auf eine technische Handlungsordnung stützt.<sup>521</sup> In dieser Art ist es zu verstehen, wenn Michel Foucault die Analyse der Macht auf die materiellen Träger und Strategiedispositive hinlenken will:

[A]nstatt die Analyse der Macht auf das Rechtsgebäude der Souveränität, auf die Apparate des Staates und die mit ihm verbundenen Ideologien auszurichten, muss man sie auf die Herrschaft ausrichten, auf die materiellen Träger, auf die Formen der Unterwerfung, auf die Verflechtungen und Verwendungen der lokalen Systeme dieser Unterwerfung, auf die Strategiedispositive.<sup>522</sup>

Foucault spielt hier, ähnlich wie Boltanski und Thévenot, darauf an, dass die politische Theorie und die Rechtstheorie ihre Aufmerksamkeit zu sehr der demokratischen Genese des Rechts aus der Volkssouveränität heraus widmen, und dabei dem Status der Dinge in der epistemischen Genese des Rechts zuwenig Beachtung schenken. Diese Mechanismen werden nicht durch Ideologien motiviert, in denen sich alles hauptsächlich um die Qualifikation von Personen, d.h. um deren Rechte und Kompetenzen, dreht. Die Unterwerfung in Statushierarchien erfolgt nicht direkt in der Art, wie Personen zueinander gestellt sind, sondern wird durch die Konstellation der Handlungsordnungen geformt, auf die der Vollzug abstellt. Denn indem die Handlungsordnungen relevante Realitäten, Dinge und Personen qualifiziert (und da diese Aspekte notwendig miteinander verflochten sind), können Personen durch die Qualifikation der Dinge beherrscht werden. Diese rechtstheoretische Herausforderung kann mit der Wahrung der politischen Autonomie in der Gesetzgebung nur unzureichend bewältigt werden. Indem die politische Theorie ihre Aufmerksamkeit dieser Kategorie der Grundrechte widmet, übersieht sie die Ansprüche, die aus der epistemischen Souveränität erwachsen.

Anstrengungen, eindeutige Grundlagen für die Rechtfertigung zu gewinnen, gehen vielleicht weit weniger von den Behörden selbst aus, als die Kritik Foucaults vermuten ließe. Vielmehr sind es gerade auch die Kritiker des behördlichen Vollzugs, die auf eine solche Klarheit pochen. Thévenot zufolge werden eindeutige kohärente Qualifikationen, die nicht auf einem Kompromiss beruhen, dann eingesetzt, wenn

---

<sup>521</sup> Vgl. dazu die Diskussion von Regulationstechnologien in Maranta (2002: 49-61).

<sup>522</sup> Foucault (1978: 87f.). Diese spezifische Machtform des Staates benennt Foucault mit dem Begriff der *Gouvernementalität*; siehe dazu seinen Vortrag und andere Beiträge zu diesem Thema in Bröckling et al. (2000).

die bestehende sittliche Ordnung oder Rechtswirklichkeit kritisiert werden soll. Dagegen zeugen Kompromisse vom stetigen Versuch, die Komplexität pluralisierter Handlungsordnungen zu organisieren.<sup>523</sup> Deshalb sind für tragfähige Qualifikationen und stabile Typologien rechtserheblicher Sachverhalte förderlich, wenn sie nicht in einem Klima moralischer Grundsatzdiskussionen ausgehandelt werden. Die erforderlichen Kompromisse bedeuten gerade nicht, dass eine Frage normativ abschließend geklärt werden muss. Denn darin unterscheidet sich diese Form der Qualifikationen von ethisch zu beurteilenden Qualifikationen, bei denen das ethische Prinzip eindeutig geklärt werden soll, auf dem die verbindlichen Handlungserwartungen abgestützt werden.<sup>524</sup> Die Grundlage in der demokratisch erlassenen Rechtsnorm genügt (meist)<sup>525</sup>, und bedarf nicht noch der zusätzlichen ethischen Untermauerung. Kompromisse bedingen und verstärken denn auch die sittliche Toleranz sowie die Kohärenz in einer Rechtsgemeinschaft. Zudem erlauben sie, die Spannungen zwischen Standardisierungen und lokalen, persönlich zugeschnittenen Praktiken aufzufangen,<sup>526</sup> wodurch sie ein möglichst hohes Maß an persönlicher Freiheit sicherstellen, ohne dass die Handlungskoordination völlig unverbindlich geregelt bleibt.

Stabile Typologien rechtserheblicher Sachverhalte unterscheiden sich von Michael Walzers Konzeption der Distributionskriterien, insofern sie Handlungsordnungen miteinander verkoppeln, anstatt ein einziges maßgebliches Kriterium zu bestimmen, das an der Bedeutung des jeweiligen gesellschaftlichen Gutes festzumachen ist:

Distributionskriterien und -arrangements stecken nicht im Gut selbst bzw. im Gut an sich, sondern im sozialen, d.h. im gesellschaftlichen Gut. Wenn wir wissen, was dieses soziale Gut ist, was es für jene bedeutet, die ein Gut in ihm sehen, dann wissen wir auch, von wem es aus welchen Gründen verteilt werden sollte. Alle Verteilungen sind gerecht oder ungerecht immer in Relation zur gesellschaftlichen Bedeutung der zur Verteilung gelangenden Güter.<sup>527</sup>

Das Wissen, was ein bestimmtes gesellschaftliches Gut ist, bestimmt laut Walzer, von wem und nach welchen Maßstäben ein Gut zu verteilen sei. Über dieses Wissen zu verfügen, heißt daher nichts anderes, als das Kriterium der gerechten Verteilung zu kennen, das in der gesellschaftlichen Bedeutung des Gutes liegt. Diese Konzeption der Gerechtigkeit geht folglich nicht davon aus, dass es ein grundlegendes Gerechtigkeitsprinzip gibt, sondern stellt eine Vielzahl von Gerechtigkeitsmaßstäben in

---

<sup>523</sup> Siehe Thévenot (2002: 78).

<sup>524</sup> Vgl. Boltanski & Thévenot (1999: 374).

<sup>525</sup> Ausnahmen liegen bei strafrechtlichen Tatbeständen vor, die sanktioniert werden sollen, weil sie schlechterdings – also auch ethisch – verwerflich sind.

<sup>526</sup> So argumentiert Thévenot (2001b: 417).

den sozialen Raum. Walzers Gerechtigkeitskonzeption geht dabei von drei Voraussetzungen aus:<sup>528</sup> Erstens ist Gerechtigkeit an eine begrenzte Gemeinschaft gebunden, die zweitens ihre Güter mit dem dazugehörigen Wissen ihrer Verteilung hervorbringt, so dass drittens die gesellschaftliche Bedeutung des Gutes dessen gerechte Verteilung festlegt. Das Gut, das Wissen um die gerechte Verteilung und die gesellschaftliche Bedeutung sind demnach gleichursprünglich und beziehen sich wechselseitig aufeinander.<sup>529</sup>

Diese Konzeption der Gerechtigkeit ist natürlich nicht unwidersprochen geblieben.<sup>530</sup> Merkwürdig ist nur schon, dass vorausgesetzt wird, dass das Wissen darüber, was ein bestimmtes gesellschaftliches Gut ist, unumstritten sei. Dann wäre aber die von Habermas beklagte Kontingenz der Maßstäbe der Rechtsanwendung bloß ein Irrtum seitens der Behörden.<sup>531</sup> Dagegen repräsentieren Qualifikationen zwar institutionelles Wissen, doch das reicht nicht aus, ihnen schon einen begründenden Status zuzuschreiben. Qualifikationen liefern allein gute Gründe, die in Aushandlungsprozesse um die angemessene Rechtsanwendung eingebracht werden, indem sie Personen Kompetenzen und Dingen relevante Eigenschaften zuschreiben. Sie schaffen einen Realitätsbezug, ohne dass sie schon einen Realitätszwang auferlegen. Diese gelten den Zuschreibungen stellen nicht schon das gültige Kriterium dafür fest, „von wem [ein Gut] aus welchen Gründen verteilt werden sollte“<sup>532</sup>. Zudem sind die Handlungsordnungen und die dazugehörigen Qualifikationen nicht so eindeutig gesellschaftlichen Gütern oder Schutzgütern zugeordnet, als dass die Bedeutung des Gutes so fest umrissen wäre. Unter solchen Umständen versagt die Konzeption Walzers, da sie keine Kriterien für illegitime Qualifikationen kennt.

Doch in dem Fall erhält die oben zitierte Mahnung Foucaults neue Nahrung, dass die geltenden Dispositive mit ihren Qualifikationen eine unhintergehbare Macht entfalten. Da Walzer kein Kriterium unabhängig der gesellschaftlichen Bedeutung nennt und auch keine rechtsförmigen Verfahren angibt, wie solche Bedeutungen einem Anpassungsdruck und Rechtfertigungszwang ausgesetzt werden könnten, erscheint seine Gerechtigkeitskonzeption unzulänglich:

---

<sup>527</sup> Walzer (1992: 34).

<sup>528</sup> Dazu Miller in der Einleitung zu Miller & Walzer (1995: 4-5)

<sup>529</sup> Diese Erläuterung von Gütern erinnert an die Konzeption von Institutionen in Berger & Luckmann (1969: 49-98).

<sup>530</sup> Vgl. etwa die Beiträge in Miller & Walzer (1995).

<sup>531</sup> Vgl. Habermas (1991: 518f.).

<sup>532</sup> Walzer (1992: 34).



[I]f distribution accords with prevalent social meanings, then whatever degree of domination is bound up with that distribution will probably not be experienced as morally improper by those who accept these social meanings.<sup>533</sup>

Die Konzeption macht, wie die Kritik von Richard Arneson nahe legt, jedes Gefühl der Missachtung zur Pathologie oder zu einem Zeichen mangelhafter sozialer Integration. Bei dieser hat sich allerdings die Person den gesellschaftlichen Bedingungen und nicht die Gesellschaft den Bedürfnissen von Personen anzupassen. Sphären der Gerechtigkeit erscheinen demnach als totalitär angewendete Rechtfertigungsordnungen, die voneinander abgeschottet werden, obschon die soziale Realität moderner Gesellschaften die Sozial- und Gesellschaftstheorien mit der Herausforderung konfrontiert, dass die Grenzen der Sphären immer wieder durchbrochen und neu konfiguriert werden.<sup>534</sup>

Walzers Zugang stellt im dreidimensionalen Bezugssystem aus Diskurs, Organisation und Institution eine extreme Deutung der Gerechtigkeit aus der Perspektive der historisch kontingenten Institution dar.<sup>535</sup> Wenn es aber richtig ist, wie ich oben behauptet habe, dass legitime Qualifikationen im Recht nicht dadurch geklärt werden, dass selbstverständliche und bestehende Annahmen freigelegt werden, sondern dadurch, dass praktikable Qualifikation konstruiert werden, dann ist Walzers Position als konstruierender, philosophischer Interpret fragwürdig; insbesondere dann, wenn seine Auslegung jeglichen sphäreninternen Pluralismus konsequent zu tilgen versucht. Sein Zugang, der allein auf die (angeblich) gesellschaftlich geltende Bedeutung eines sozialen Guts abstellt, verkennet, dass für eine rechts- und demokratietheoretisch zufriedenstellende Konzeption so etwas wie demokratische Gleichheit (etwa in der Art von Habermas' transzendentalpragmatischer Gleichheit) notwendig ist, wenngleich diese Voraussetzung ohne den Rückgriff auf historisch kontingente Institutionen ohne Substanz bleibt und daher nicht hinreichend ist. Auf die bloße Substanz lässt sich keine Konzeption der Gerechtigkeit gründen, ohne ein formales Kriterium dafür anzugeben, wie bei Kontroversen Gerechtigkeit geschaffen werden soll.

Der am institutionellen Verständnis orientierte Zugang kann indes gleichwohl hilfreich sein um festzustellen, wann eine Qualifikation als illegitim gilt. Das entsprechende Kriterium kann aus dem allgemeinen Gerechtigkeitsverständnis erschlossen

---

<sup>533</sup> Arneson (1995: 238).

<sup>534</sup> Vgl. dazu Arneson (1995: 239).

<sup>535</sup> Vgl. Walzers Erläuterung der eigenen Methode: „[I]ch [möchte] versuchen [...], mir und meinen Mitbürgern die Welt der von uns geteilten Bedeutungen, d.h. unserer gemeinsame Sinnwelt, zu erklären.“ Walzer (1992: 20).

werden, das Walzer als Konzeption komplexer Gleichheit vorschlägt. Diese Konzeption geht vom Verhältnis der Sphären zueinander aus, ähnlich wie bei der Frage illegitimer Qualifikationen die Hierarchie der Handlungsordnungen zu beurteilen ist. Walzer verdeutlicht seine Konzeption folgendermaßen:

Formal gesprochen bedeutet komplexe Gleichheit, dass die Position eines Bürgers in einer bestimmten Sphäre oder hinsichtlich eines bestimmten sozialen Guts nicht unterhöhlt werden kann durch seine Stellung in einer anderen Sphäre oder hinsichtlich eines anderen sozialen Guts.<sup>536</sup>

Der Grundgedanke komplexer Gleichheit besteht darin, eine kohärente Gleichwertigkeit von Bürgerinnen und Bürgern sicherzustellen.<sup>537</sup> Komplexe Gleichheit ist gewissermaßen ein Nebenprodukt der vorgeordneten Zielsetzung, dass in jeder Sphäre nur die Distributionskriterien angewendet werden, die für das zu verteilende Gut maßgeblich sind.<sup>538</sup> Das setzt natürlich solcherart unabhängige Sphären voraus, was schon für sich zu kritisieren ist. Der Status als Bürgerin und Bürger fasst Walzer nach der Interpretation von David Miller allerdings nicht bloß als einen Rechtsstatus, sondern er geht von den gesellschaftlichen Gegebenheiten und der Rechtswirklichkeit aus, in die Bürgerinnen und Bürger sozial integriert werden.<sup>539</sup>

Doch Walzer setzt nach meiner Einschätzung rechtstheoretische und rechtssoziologische Erwägungen unzulässig ineins. Denn die Rechtstheorie sollte klarlegen, unter welchen formalen Voraussetzungen der Anspruch auf ein Gut gerechtfertigt werden kann. Der bloße Verweis auf die gesellschaftliche Bedeutung des Gutes genügt dazu nicht. Walzer reduziert den Raum, der sich durch das dreidimensionale Bezugssystem aus Diskurs, Organisation und Institution aufspannt, auf das institutionelle Verständnis. So entsteht aber kein unabhängiger Standpunkt, von dem aus die geltenden Regeln in Frage gestellt werden könnten, um so die dialektische Weiterentwicklung der Rechtsordnung in Gang zu setzen.

Positiv an Walzers Konzeption ist freilich, dass sie den Pluralismus der Ordnungen nicht ausblendet, sondern diesen zum Kern einer Konzeption der Gerechtigkeit macht. Doch nach meiner Einschätzung wird das Anliegen komplexer Gleichheit nicht durch die strikte Abschottung der Sphären erfüllt, sondern durch die Unterscheidung zweier Aspekte der Gleichheit von Bürgerinnen und Bürgern, die gleichermaßen konstitutiv für eine gerechte Gesellschaftsordnung sind. Der eine Aspekt

---

<sup>536</sup> Walzer (1992: 49).

<sup>537</sup> Vgl. Millers Formulierung „an idea of equal citizenship“ in Miller & Walzer (1995: 3).

<sup>538</sup> So Miller in Miller & Walzer (1995: 3).

<sup>539</sup> Dazu Miller in Miller & Walzer (1995: 12).

betrifft die demokratische Genese des Rechts mit gleicher Teilhabe an der Entwicklung von Normen; der andere die epistemische Genese des Rechts mit gleicher Teilhabe an der Entfaltung von Typologien. Die Verschränkung dieser beiden Aspekte sichert meines Erachtens qualifizierte komplexe Gleichheit. Dabei ist wesentlich, dass in den entsprechenden Verfahren unterschiedliche Bezugspunkte ausschlaggebend sind: In der demokratischen Genese die Interessen aller und bei der epistemischen Genese die bestehenden Handlungsordnungen der Gemeinschaft. Dagegen bezieht Walzer die komplexe Gleichheit immer nur auf die gesellschaftliche Bedeutung von Gütern, die zwar vielfältig sind, gleichwohl aber nur nebeneinander je auf eine Sphäre gerichtete Blickwinkel enthalten. Jedoch eröffnen sie keine verschränkten Perspektiven. Erst diese Verschränkung zweier Perspektiven erzeugt die Kohärenz des Rechts als Rechtswirklichkeit, die nicht schon mit der Konsistenz des Systems der Rechte gegeben ist.

David Miller interpretiert das Konzept der komplexen Gleichheit als Konzeption der Statusgleichheit.<sup>540</sup> Der Status einer Person wird durch die soziale Position festgelegt, die sie aufgrund dessen einnimmt, was sie in einem bestimmten Bereich erreicht hat.<sup>541</sup> Statusgleichheit besteht laut Miller, wenn sich jedes Mitglied einer Gesellschaft als grundsätzlich gleichgestellt mit den übrigen Mitgliedern betrachtet und von diesen reziprok als gleichgestellt angesehen wird.<sup>542</sup> Diese psychologisierende Deutung ist indes unbefriedigend und aufschlussreicher ist daher, was mit dieser Forderung durchgesetzt werden soll: Statusgleichheit soll ausschließen, dass Personen ihren Status von einer Sphäre in eine andere übertragen können und so die anderen Mitglieder der Gesellschaft dominieren.<sup>543</sup> Diese letzte Formulierung erinnert an das erste Kriterium legitimer Qualifikation, nach dem der Aushandlungsprozess um Qualifikationen so geregelt werden muss, dass keine alternativen Qualifikationen von vornherein ausgeschlossen werden. Der Hinweis auf den Status einer Person bezeichnet dabei nur einen möglichen Mechanismus, nicht aber schon den Grund der Ungerechtigkeit. Während Miller Gleichheit am Status von Personen festmacht, ziehe ich es vor, die beiden Aspekte der Gleichheit nicht zu vermischen. Denn die rechtstheoretische Klärung der Normenbegründung gegenüber der Normenanwendung von Günther zeigt, dass die relevanten Gründe je verschieden sind: In der Normenbegründung zählen Personen und ihre Interessen bei

---

<sup>540</sup> Siehe Miller (1995: 199, 204-209)

<sup>541</sup> So die Erläuterung von Miller (1995: 206).

<sup>542</sup> Dies die vage Definition der Statusgleichheit von Miller (1995: 199).

<sup>543</sup> In dieser Weise argumentiert Miller (1995: 203).

der Unterstellung gleichbleibender Umstände, während bei der Normenanwendung die Überzeugungen in der jeweiligen Lebensform vor dem Hintergrund gültiger Normen ausschlaggebend sind. Deshalb mache ich die Kriterien legitimer Qualifikationen an Handlungsordnungen und nicht an Personen und deren Status fest.

Deswegen bezieht sich auch das zweite Kriterium auf Qualifikationen in Lebensformen und Handlungsordnungen, die tatsächlich in einer Rechtsgemeinschaft gegeben sind. Aber letztlich muss die Frage, ob eine Qualifikation im Recht legitim ist oder nicht, anhand der Konsequenzen beurteilt werden, die eine Anpassung der Qualifikationen für Personen hat. Denn die Legitimation des Rechts geht von der Zustimmung eines Publikums aus und kann nicht bloß an Handlungsordnungen und an die Qualifikation von Dingen geknüpft werden. Mittels des noch ausstehenden dritten Kriteriums soll schließlich angegeben werden, im Hinblick worauf Personen die Legitimität von Qualifikationen beurteilen sollen. Ich möchte daher die Differenzierung Millers zum Ausgangspunkt nehmen sowie auf Anmerkungen zurückgreifen, mit denen Boltanski und Thévenot ihren Ansatz von demjenigen Walzers unterscheiden, um das dritte Kriterium legitimer Qualifikation zu erläutern. Boltanski und Thévenot nehmen die komplexe Gleichheit Walzers auf, die ich gerade als Konzeption der Gerechtigkeit dargelegt habe:

This injustice [that Walzer points out] is the result of a contamination of one sphere of justice by another sphere. On this important point we join Walzer's approach, but we differ in the way we should look at the plurality of specifications of the just. For Walzer, the spheres are institutions of varying size (market, educational institutions, families, etc.). These institutions are in such a plurality that one cannot see how the dispute can be framed when it involves several spheres, and how one can respond to the demand of integration of these spheres in a society. This results in the following alternatives: either promote the isolation of one sphere in relation to the others, – which would seem to be utopianism – or abstain from a dispute of which one cannot solve, except by using force.<sup>544</sup>

Boltanski und Thévenot stimmen Walzer grundsätzlich zu, dass der Einfluss einer Handlungsordnung (oder Sphäre) auf eine andere Anlass zu einer wichtigen Form der Ungerechtigkeit sein kann. Doch sie teilen nicht seine homogene Konzeption der Sphären und schließen sich damit der bereits besprochenen Kritik an. Zudem betonen sie, dass es schlicht undurchschaubar bleibt, wie angeblich inkommensurable Maßstäbe autonomer Sphären in komplexen, verstrickten Situationen aufeinander bezogen werden sollen. In Walzers Konzeption gibt es denn auch keine Möglichkeit für Qualifikationen als Kompromiss; und Walzer erweist sich bezüglich Gerechtig-

---

<sup>544</sup>

Boltanski & Thévenot (2000: 225).

keitsfragen als ethischer Radikalist, der zwar eine Vielzahl von Gerechtigkeitsmaßstäben zulässt, aber für die Rechtfertigung von Ansprüchen auf eine bestimmte Art von Gütern immer nur einen Typus von Rechtfertigungen zulässt. Indes kann ein solcher Gerechtigkeitsfundamentalismus, wie Boltanski und Thévenot zu Recht kritisieren, nur mit Gewalt durchgesetzt werden.

Dagegen schließen sie sich der Interpretation von Miller an und formulieren ein Charakteristikum der Ungerechtigkeit, das in etwa der Statusgleichheit entspricht.

The orders of worth find themselves in a relation of critique to one another. Transporting one onto the other is denounced as injustice. Considered as unjust is the fact that people draw advantage from one worth in the test [i.e. reality test] of another.<sup>545</sup>

Rechtfertigungsordnungen, die eine bestimmte Form der Handlungskoordination rechtfertigen, sollen nicht unter der Hand auf der Grundlage anderer Ordnungen und deren Qualifikationen geändert werden. Ungerecht erscheint, dass Personen aus einer Handlungsordnung und deren Qualifikationen Vorteile für andere Handlungsordnungen ziehen.

Jedoch scheint diese Formulierung noch zu wenig exakt. Denn es ist ein Charakteristikum moderner Gesellschaften, dass Personen sich subjektive Vorteile verschaffen, indem sie soziales Kapital aus der einen Handlungsordnung in eine andere übertragen. Anfechtbar ist nicht einfach, dass Handlungsordnungen ineinander greifen und Personen daraus strategische Vorteile erzielen. Denn solche strategischen Vorteile haben keine bleibenden Auswirkungen auf die Anwendung von Normen. Unrecht liegt vielmehr dann vor, wenn Personen Vorteile gegenüber anderen erringen, indem eine Qualifikation der Personen oder Dinge als Typologie rechtserheblicher Sachverhalte eingeführt wird, die das bisherige Gefüge von Rechten und Ansprüchen ändert. Die Qualifikation typisiert Personen, die unter Umständen im Umfang mit einer spezifischen sozialen Gruppe zusammenfallen kann. Doch der angesprochene Typus von Personen muss nicht schon einer sozialen Gruppe oder gar Klasse entsprechen, da der Typus nicht durch eine stabile Gesellschaftsstruktur konstituiert wird, sondern durch die Qualifikation von Personenkompetenzen in einer bestimmten Handlungsordnung umrissen wird. Es ist mit anderen Worten nicht notwendig, eine soziale Klasse oder Gruppe für die Benachteiligung verantwortlich zu machen und eine allfällige Missachtung auf die Intentionen von Subjekten zurückzuführen. Problematisch an veränderten Qualifikationen in Typologien rechtserheblicher Sachverhalte sind nicht die Intentionen anderer. Die

<sup>545</sup>

Boltanski & Thévenot (2000: 225).

entscheidende rechtstheoretische Frage ist, ob durch die Veränderung der Kompetenzen von Personen oder der Beschaffenheiten von Dingen, die als rechtserheblich gelten, Rechte nicht mehr beansprucht werden können, die zuvor geltend gemacht und wahrgenommen werden konnten.

Dahingehend schlage ich deshalb ein *drittes Kriterium* für die legitime Qualifikation vor:

- (3) Eine neu eingeführte Qualifikation in die Typologie rechtserheblicher Sachverhalte ist nur dann legitim, wenn nach der Anpassung niemand über weniger Rechte in der Rechtswirklichkeit verfügt als vor der Anpassung.

Die Angleichung von Typologien darf niemanden hinsichtlich seiner Rechte schlechter stellen als zuvor. Das Niveau der Rechte, die den Mitgliedern einer Rechtsgemeinschaft in der Rechtswirklichkeit garantiert werden, darf nicht durch Anpassungen der Typologien gesenkt werden. In Frage stehen die allgemeinen Maßstäbe der Rechtsanwendung und nicht etwa konkrete Erlasse, die unter Umständen Personen materiell schlechter stellen; denn diese Erlasse betreffen konkrete Ansprüche, die beispielsweise die ökonomische Stellung Einzelner betreffen (etwa im Falle der Abwertung eines Grundstücks durch raumplanerische Maßnahmen) und im Sinn der Rechtsgleichheit zu behandeln sind.

Ich fasse die drei Kriterien nochmals zusammen: Nach dem ersten Kriterien dürfen keine alternativen Qualifikationen von vornherein ausgeschlossen werden. Dieses Kriterium soll verhindern, dass sich Statushierarchien verfestigen können. Zweitens dürfen Werte in die Normenanwendung einfließen, sofern sie aus einer Lebensform bzw. Handlungsordnung der Rechtsgemeinschaft stammen. Dieses Kriterium spezifiziert, inwiefern die Normenanwendung auf Wertvorstellungen beruhen darf. Doch diese Kriterien müssen in einer Weise ergänzt werden, dass nur solche Qualifikationen in das Recht aufgenommen werden dürfen, die für alle Betroffenen zulässig sind. Ob eine neue Qualifikation zulässig ist, bemisst sich gemäss dem dritten Kriterium daran, ob das Niveau der Rechte, über das die Mitglieder der Rechtsgemeinschaft in der bisherigen Rechtswirklichkeit verfügen konnten, allenfalls gesenkt wird. Daher sollen Anpassungen der Typologien rechtserheblicher Sachverhalte den bisherigen Rechtsstatus von niemandem einschränken dürfen.

Ich lege Wert darauf, dass in diesen drei Kriterien kein Bezug auf die Interessen von Individuen genommen wird. Denn diese sind gemäss Günthers Differenzierung von

Normenbegründung und Normenanwendung für die Normenbegründung konstitutiv.<sup>546</sup> Die Interessen der Personen sollen bei der Gesetzgebung zum Ausdruck kommen, die die Grundrechte politischer Autonomie rechtsförmig entfaltet. Dagegen formulieren die obigen drei Kriterien die Voraussetzungen legitimer Rechtsanwendung, die auf legitime Typologien rechtserheblicher Sachverhalte abzielt. Die Kriterien bestimmen, welchen Bedingungen die legitime epistemische Genese des Rechts genügen muss, und legen somit den Grundstein für die Organisation epistemischer Souveränität im Rechtsstaat.

---

<sup>546</sup>

Im Sinn von Günther (1988: 287-307).





### 3 *Verwirklichung epistemischer Souveränität und Überwindung der Krise*

Ziel des rechtstheoretischen wie des alltäglichen Ringens um epistemische Souveränität ist, die Krise zu überwinden, die durch den Legitimationsverlust der Verwaltungen ausgelöst wird und die sich in deren Ohnmacht zeigt, ihre Maßstäbe der Rechtsanwendung angemessen zu legitimieren. Diese Ohnmacht kann nur dann überwunden werden, wenn die Rechtsparadigmen der Verwaltung die legitimierende Zustimmung der Öffentlichkeit finden können. Damit diese Zustimmung aus Einsicht erfolgen kann, muss die Kette der Begründungen zwischen Verwaltungen und Öffentlichkeit wieder geschlossen werden können. Welchen Kriterien eine solche Begründung genügen muss, habe ich zum Schluss des vorherigen Teils ausgeführt.

Die genannten drei Kriterien legen fest, wann eine Anpassung einer Verordnung als legitim gelten kann. Mein Vorschlag zielt nicht darauf, die illegitime Machtentfaltung der Sachverständigen in den Verwaltungen einzudämmen. Denn diese Machtentfaltung erweist sich nur als ein Symptom für das bestehende Rechtfertigungsvakuum und für die Ohnmacht der Verwaltung, Vollzugsmaßnahmen nicht nur wissenschaftlich zu erklären, sondern auch öffentlich zu rechtfertigen. Die wissenschaftliche Erklärung genügt nicht, um darzulegen, warum die von den Behörden gestaltete Rechtswirklichkeit auch legitim sei, da sich Effizienzkriterien und Legitimitätskriterien nicht decken. Letztere liegen nun anhand der drei Kriterien legitimer Qualifikation vor. Gestützt auf diese drei Kriterien möchte ich das Programm der Diskurstheorie des Rechts aus *Faktizität und Geltung* weiterführen und die fünfte Kategorie der Grundrechte stärken. Diese Kategorie, die Habermas postuliert und die ich als Grundlage epistemischer Souveränität besprochen habe, ermöglicht den Realitätsbezug in der Rechtstheorie. Dieser Realitätsbezug ist aber unvollständig, solange kein normatives Kriterium vorliegt, nach dem Rechtswirklichkeiten auf ihre Legitimität hin geprüft werden können. Die drei Legitimitätskriterien, d.h. die drei Kriterien für legitime Qualifikationen in Typologien rechtserheblicher Sachverhalte, füllen diese Lücke. Sie legen fest, dass Anpassungen des Vollzugs im Hinblick auf das zu erhaltende Niveau der Rechte in der Rechtswirklichkeit zu beurteilen sind

und gestützt auf Überzeugungen begründet werden sollen, die betreffend der gegebenen Handlungsordnungen geteilt werden.

Damit die anderen vier Kategorien der Grundrechte (Freiheitsrechte, Gewährung des Bürgerstatus, Rechtsgleichheit und politische Autonomie)<sup>547</sup> tatsächlich als Ausdruck der Selbstgesetzgebung der Rechtsgemeinschaft in der Rechtswirklichkeit gelten können, bedarf diese der fünften Kategorie der Grundrechte:

Grundrechte auf die Gewährung der Lebensbedingungen, die in dem Maße sozial, technisch und ökologisch gesichert sind, wie dies für die chancengleiche Nutzung der [übrigen vier Kategorien von] bürgerlichen Rechte unter gegebenen Verhältnissen notwendig ist.<sup>548</sup>

Im Sinn der von mir vorgeschlagenen Interpretation dieser Kategorie als epistemische Souveränität soll die Möglichkeit zur chancengleichen Nutzung der bürgerlichen Rechte anhand der drei Legitimitätskriterien und namentlich aufgrund des Niveaus der Rechte in der Rechtswirklichkeit geprüft werden. Der Vorteil eines solchen Kriteriums besteht darin, dass die Beurteilung der Chancengleichheit aus der Sicht der Rechtsgemeinschaft erfolgt. Auf diese Weise kann offen bleiben, nach welchen konkreten Eigenschaften die Rechtswirklichkeit beurteilt wird. Die maßgeblichen Eigenschaften werden als Qualifikationen von Personen und Dingen aus den gegebenen Verhältnissen der Handlungsordnungen und nicht aus einer Theorie geschöpft. Wie die Diskussion der theoretischen Darstellung der Lebenswelt gezeigt hat, ist es rechtstheoretisch unzulässig, die substantiellen Kriterien der Darstellung und Bewertung der Zusammenhänge des Alltags durch eine Theorie festzulegen.

Die Verwirklichung der fünften Kategorie der Grundrechte steht auf dem Boden der kontingenten Handlungsordnungen in einer Rechtsgemeinschaft. Laut Habermas begründet diese Kategorie nur relative Teilhaberechte im Gegensatz zu den vier anderen Freiheits- und Teilhaberechten.<sup>549</sup> Obschon Habermas nicht weiter erläutert, was er unter der relativen Begründung dieser Teilhaberechte versteht, sind drei kontingente Bedingungen offensichtlich: Erstens können Rechte epistemischer Souveränität nur vor dem Hintergrund geltenden Rechts in Anspruch genommen werden. Mit anderen Worten: Da die epistemische Souveränität Aspekte der Rechtsanwendung regelt, müssen immer schon geltende Rechtsnormen vorliegen. Zweitens werden die Rechte epistemischer Souveränität Personen zuerkannt, die in gegebenen Rechtsgemeinschaften und deren Handlungsordnungen sozialisiert

---

<sup>547</sup> Siehe die Aufzählung der vier Kategorien der Grundrechte in Habermas (1992: 155f.).

<sup>548</sup> Habermas (1992: 156f.).

<sup>549</sup> In diesem Sinn Habermas (1992: 157).

wurden. Dagegen werden die Freiheitsrechte, der Bürgerstatus, die Rechtsgleichheit sowie das Wahlrecht gegenüber Personen anerkannt, deren einzige erhebliche Eigenschaft ihre Autonomie und Zurechnungsfähigkeit ist. Für die Rechte der epistemischen Souveränität sind die kontingenten Überzeugungen der Personen entscheidend, die von den in der Rechtsgemeinschaft bestehenden Handlungsordnungen geformt werden. Drittens beziehen sich daher die Typen von Gründen, mit denen diese spezifischen Rechte begründet werden, auf die praktischen Qualifikationen von Personen und Dingen in kontingenten Handlungsordnungen und auf die dazugehörigen, kollektiv geteilten Überzeugungen. Somit sind für die epistemische Souveränität kollektiv geteilte Überzeugungen begründend und nicht Interessen, die von autonomen Individuen vorgebracht werden. Die Normenbegründung durch autonome Individuen und die Normenanwendung durch sozialisierte Personen, die auf kollektiv geteilte Überzeugungen in Handlungsordnungen angewiesen sind, ergänzen sich.

Epistemische Souveränität sichert die Teilhabe an der konkretisierenden Gestaltung der öffentlichen Sphäre, die bereits durch Rechtsnormen geordnet ist. Sie bezieht sich auf die rechtserheblichen Eigenschaften der sozialen Umwelt dieser Personen, die deren Handeln ermöglicht. Sie erweitert die Mitgestaltung an den Maßstäben der Rechtsanwendung über die Möglichkeit hinaus, diese in Rechtsstreitigkeiten als direkt Betroffene zu kritisieren, und soll die rechtsförmige Teilhabe an der epistemischen Genese des Rechts sicherstellen. Diese Genese erzeugt die Typologien rechtserheblicher Sachverhalte als Schlussregeln im Sinn von Stephen Toulmin,<sup>550</sup> die die rechtserheblichen Zusammenhänge hervorheben und der Argumentation in der Rechtsanwendung zu Grunde gelegt werden. Derartige Schlussregeln strukturieren die Rechtswirklichkeit und stellen Kohärenz zwischen den situativ vereinzelt Anwendungsfällen her, indem sie Vergleichbarkeit erzeugen und sicherstellen, dass Gleiches gleich und Ungleiches ungleich beurteilt wird. Der Zusammenhang des Rechts sowie die soziale Integration des Rechts in den Alltag werden durch die Typologien und die dazugehörigen Schlussregeln geleistet. Diese machen das öffentliche, reflektierte Rechtsverständnis durch den Realitätsbezug in Anwendungsfällen anschaulich. Dagegen schaffen die allgemein abstrakten Rechtsnormen allein keine Rechtswirklichkeit, und die bloß theoretische Konsistenz des Normensystems ist weder für die Verankerung des Rechts im Alltag noch für die Beurteilung der Legitimität des Rechts hinreichend. Aus diesem Grund ist die Realisierung epistemischer

<sup>550</sup>

Dazu Toulmin (1996: 88-98).

Souveränität notwendig, damit Recht als legitim vollzogen erfahrbar wird: Ohne die entsprechenden Rechte und Verfahren gibt es kein legitimes Recht.

Die kontingenten Verhältnisse der Handlungsordnungen, die in einer Rechtsgemeinschaft bestehen, sollen dank epistemischer Souveränität zur Entfaltung gebracht werden. Wenn die fünfte Kategorie rechtsförmig gestaltet werden soll, dann ergibt sich die Zielsetzung aus den bestehenden Bedingungen und lässt sich nicht unabhängig theoretisch formulieren. Die Verwirklichung der fünften Kategorie der Grundrechte ist folglich verwickelter als bei den anderen Kategorien. Absolute Grundrechte müssen zwar auch ihre konkreten rechtsförmigen Verfahren im Rahmen kontingenter Rechtsgemeinschaften finden. Doch der zu erfüllende Anspruch selbst hat eine theoretisch eindeutige Zielsetzung. Diese ergibt sich daraus, dass aus den Diskursregeln der idealen Sprechsituation über das Universalisierungs- das einfachere Diskursprinzip begründet werden kann, dass festlegt, dass autonome Individuen ein Recht auf gleiche Teilhabe an der Selbstgesetzgebung der Gemeinschaft haben.<sup>551</sup> Wenn sich dieser Anspruch mit spezifischen rechtsförmigen Verfahren zum Demokratieprinzip verschränkt, dann ist diese Institutionalisierung eindeutig gerichtet: Die transzendentalpragmatische Gleichheit der Personen soll in möglichst hohem Maß im Rahmen der sozialen Gegebenheiten verwirklicht werden. Die Rechtsform soll so gestaltet werden, „dass nur die juristischen Gesetze legitime Geltung beanspruchen dürfen, die in einem ihrerseits rechtlich verfassten diskursiven Rechtsetzungsprozess die Zustimmung aller Rechtsgenossen finden können.“<sup>552</sup> Das Diskursprinzip gibt die Ideale vor und die faktischen sozialen Gegebenheiten stellen mögliche Hindernisse dar, die der „Selbstbestimmung von Rechtsgenossen [...] als freie und gleiche Mitglieder“<sup>553</sup> der Rechtsgemeinschaft im Weg stehen mögen. Das Demokratieprinzip formuliert folglich die Voraussetzungen der „handlungswirksamen Institutionalisierung der gleichberechtigten Teilnahme an einer diskursiven Meinungs- und Willensbildung.“<sup>554</sup>

Die Geltung des Diskursprinzips erfährt seine „rechtsförmige Institutionalisierung“<sup>555</sup> angesichts bestehender Faktizitäten. Für die Rechtsform der absoluten Grundrechte braucht Habermas nicht weiter zu unterscheiden zwischen

---

<sup>551</sup> Der Schluss von der idealen Sprechsituation zum Diskursprinzip wird in Habermas (1983: 103) erläutert. Siehe auch Habermas (1992: 138-143).

<sup>552</sup> Habermas (1992: 141).

<sup>553</sup> Habermas (1992: 141).

<sup>554</sup> Habermas (1992: 142).

<sup>555</sup> Habermas (1992: 154).

Faktizitäten, die von den bestehenden Organisationen ausgehen, und solchen, die als institutionelles Verständnis der Akteure in deren Handeln ständig wiedergegeben wird. Anders gesagt: Weil die vier ersten Kategorien der Grundrechte absolut sind, erfordern sie keine Differenzierung im dreidimensionalen Bezugssystem aus Diskurs, Organisation und Institution. Maßgeblich sind möglichst zwanglose Diskurse, so dass gleichgültig ist, ob allfällige Zwänge vom institutionellen Gegebenheiten und den dazugehörigen kognitiven Strukturen oder von der behördlichen Organisation und deren Faktizitäten ausgehen. Wenn Recht als Institution im Sinn der Diskurstheorie rationalisiert werden soll, dann werden Faktizitäten, die sich aus Traditionen oder behördlichen Organisationsformen ergeben, und das ideale Verständnis der Bedingungen einer legitimen Rechtsordnung auseinander gehalten, wobei letzteres durch die Diskurstheorie wiedergegeben werden soll. Organisationen oder Institutionen sind bei Habermas daher vor allem Thema, wenn er gegen systemtheoretische Ansätze den Bezugspunkt des Diskurses stark macht.<sup>556</sup> Doch solange sich Habermas nur abgrenzend mit Institutionen und Organisationen auseinandersetzt, braucht er den tatsächlichen Verfahrensregeln in Organisationen und Überzeugungen in Institutionen keinen Platz in seinem Theoriegebäude einzuräumen. Da allein transzendentalpragmatisch ausgestattete Kommunikatoren die Theorie bevölkern, gibt es gewissermaßen keinen Alltag. Für die Diskussion der absoluten Grundrechte müssen der gesellschafts- und der demokratietheoretische Zugang zur Alltagswelt gar nicht unterschieden werden, da die Zielsetzungen dieser Rechte unabhängig vom Alltag einer spezifischen Rechtsgemeinschaft formuliert werden können. Erst wenn epistemische Souveränität ins Theoriegebäude aufgenommen werden soll, stellen sich die theoretischen Schwierigkeiten ein, ob die gegebene Rechtswirklichkeit von der Binnenperspektive der Akteure oder der Außensicht der Theorie zu beurteilen sei, und welcher Status geteilte Überzeugungen in Argumentationen zuzuschreiben ist.

Die rechtsförmige Organisation epistemischer Souveränität stößt sich daher in anderer Weise an den Faktizitäten der Rechtsgemeinschaft, als dies bei den absoluten Grundrechten der Fall ist. Nachfolgend möchte ich die organisatorischen Implikationen untersuchen, die sich daraus ergeben. Dabei werde ich erörtern, wie das Problem des Pluralismus der Ordnungen gelöst wird, dem sich die Rechtsanwendung zu stellen hat. Die Lösung setzt damit an, die Ordnungen als

---

<sup>556</sup> Siehe etwa die Auseinandersetzung zwischen soziologischen Konzepten des Rechts und philosophischen Gerechtigkeitskonzepten in Habermas (1992: 61-108).

Handlungsordnungen aufzuschlüsseln, die spezifische Qualifikationen mit sich bringen. Anschließend werde ich meinen Lösungsvorschlag mit alternativen Kriterien vergleichen, die eine gerechte oder wohlbegründete Ausgestaltung der Rechtswirklichkeit sicherstellen sollen. Schließen werde ich, indem ich den grundrechtlichen Umgang mit Technologien darlegen werde. Obschon ich bislang wenig über Technologien gesprochen habe, sollen diese abschließenden Erörterungen verdeutlichen, inwiefern die Rechte epistemischer Souveränität notwendig in einer politischen Theorie der Technologiegesellschaft berücksichtigt werden müssen. Sobald Handlungsordnungen in die Rechtstheorie aufgenommen werden, wird erkennbar, dass Antagonismen zwischen Technologie und Recht bestehen. Beide konstituieren gesellschaftlich wirksame Ordnungen. Doch technischer und rechtlicher Wandel sind gesellschaftlich in einer Weise organisiert, die von diametral verschiedenen Kompetenzzuschreibungen ausgehen. Diese erzeugen bei der Regulation von Technologien Spannungen zwischen den Freiheitsrechten, die die Möglichkeit schützen, Handlungsordnungen als technische Innovationen selbst zu gestalten, und den Rechten epistemischer Souveränität, die die Qualifikationen und maßgeblichen Handlungsordnungen gemeinschaftlich festlegt.

### *3.1 Epistemische Souveränität und maßgebliche Ordnungen*

Die Konzeption epistemischer Souveränität nennt die Kriterien, nach denen die Entfaltung der Rechtswirklichkeit durch den Vollzug zu beurteilen ist. Die tatsächliche Beurteilung soll aus der Sicht der Akteure erfolgen und setzt keine substantielle Theorie einer wohlgeordneten Gesellschaft voraus. Für die erforderliche Rechtfertigung von Vollzugsmaßnahmen soll nicht zur Bedingung gemacht werden, dass zunächst einer spezifischen Gesellschaftstheorie zugestimmt werden muss. Ein solches Erfordernis legt den Bürgerinnen und Bürgern einen unzulässigen Zwang auf. Gleichwohl muss die verlangte Rechtfertigung den drei bereits genannten Legitimitätskriterien genügen. Diese geben vor, in welcher Hinsicht veränderte Vollzugsmaßnahmen zu untersuchen sind und nach welchem Kriterium divergierende Vollzugsverfahren in eine Rangordnung gebracht werden können. Anpassungen des Vollzugs müssen betreffend des Niveaus der Rechte in der Rechtswirklichkeit beurteilt werden. Wenn die Folgen einer bestimmten Maßnahme auf die Rechtswirklichkeit beur-

teilt werden, sind die Überzeugungen maßgeblich, die betreffend der gegebenen Handlungsordnungen geteilt werden.

Die Legitimitätskriterien stellen demnach keine inhaltlichen Anforderungen an die geforderte Rechtfertigung, da nicht von vornherein die maßgeblichen Sorten von Gründen und Diskurstypen theoretisch festgelegt werden sollen.<sup>557</sup> So wie das Demokratieprinzip die Voraussetzungen für die erfolgreiche „Institutionalisierung der gleichberechtigten Teilnahme an einer diskursiven Meinungs- und Willensbildung“<sup>558</sup> nennt, geben die drei Legitimitätskriterien an, nach welcher Hinsicht die Normenanwendung und insbesondere die Typologien rechtserheblicher Sachverhalte zu beurteilen sind. Sie bestimmen notwendige Voraussetzungen, die eine hinreichende Organisation epistemischer Souveränität erfüllen muss. Diesen Implikationen für die rechtsförmige Umsetzung wende ich mich jetzt zu und wiederhole dafür die drei Kriterien für legitime Qualifikationen:

- (1) Der Aushandlungsprozess muss so geregelt werden, dass keine alternativen Qualifikationen von vornherein ausgeschlossen werden.

Mit dem ersten Kriterium sollen Realitätszwänge aufgehoben werden, ohne dass der Realitätsbezug verloren geht, der durch Qualifikationen und Handlungsordnungen gestiftet wird. Die Typologien rechtserheblicher Sachverhalte sollen aus Diskursen hervorgehen, die insofern zwanglos sind, als keine Alternativen beispielsweise durch Verweis auf eine effizientere Praxis ausgeklammert werden. Das erste Kriterium soll verhindern, dass die gewählten Vollzugsverfahren aufgrund von beschränkten Effizienzüberlegungen festgelegt werden.

Das zweite Kriterium nimmt sich dem Problem an, dass durch Qualifikationen Werte in das Recht einfließen. Indes sollen Qualifikationen mit ihren dazugehörigen Wertvorstellungen nicht an Interessen gebunden werden, sondern von tatsächlich praktizierten Lebensformen und von bestehenden Handlungsordnungen abhängig bleiben. Daher verlangt das zweite Kriterium:

- (2) Werte dürfen in die Qualifikation der Typologien rechtserheblicher Sachverhalte einfließen, wenn sie aus einer Lebensform bzw. Handlungsordnung der Rechtsgemeinschaft stammen und die resultie-

---

<sup>557</sup> Dagegen bindet Habermas in seiner Argumentation den Aufbau des Rechtsstaats stärker an die sprachphilosophische Unterscheidung von Sorten von Gründen; vgl. etwa Habermas (1992: 140, 235-237).

<sup>558</sup> Habermas (1992: 142).

rende Qualifikation im Recht auch für alle anderen betroffenen Lebensformen bzw. Handlungsordnungen zulässig ist.

Dieses Kriterium berücksichtigt, dass die Situationen gedeutet werden müssen, in denen die geltenden Normen angewendet werden sollen. Diese Deutung stützt sich auf gegebene Lebensformen und bestehende Handlungsordnungen. Im Recht werden diese kognitiven Strukturen spezifiziert und bilden Typologien rechtserheblicher Sachverhalte aus. Diese enthalten Werte, da sie Qualifikationen von Personen und Dingen beinhalten. Ob eine Norm- oder Rechtsanwendung angemessen ist, entscheidet sich aufgrund der geteilten Überzeugungen der spezifischen Gesellschaft und deren Lebensformen.<sup>559</sup> Die Geltung allgemein abstrakter Rechtsnormen entfaltet sich folglich notwendigerweise im Rahmen partikularer Lebensformen, und bei der Interpretation der angemessenen Anwendung bringt das Rechtsverständnis zwangsläufig Wertvorstellungen in die Rechtswirklichkeit ein. Das zweite Kriterium schließt im Weiteren keineswegs aus, dass Interessen dazu motivieren können, für die eine oder die andere Qualifikation einzustehen. Aber das eigene Interesse ist kein Grund, der den Vorschlag für die anderen rechtfertigt. Ausschlaggebend ist die Einsicht in die Zusammenhänge der bestehenden Handlungsordnungen. Im Gegensatz dazu ist bei der normenbegründenden Gesetzgebung die freie Stimmabgabe aus persönlichem Interesse gerade der entscheidende Grund, den die anderen zu achten haben.

Michael Walzer erläutert in vergleichbarer Weise den Zusammenhang von partikularer Kritik und allgemeinen Standards. Dieses Spannungsverhältnis ist fundamental für zahlreiche Debatten, die zwischen so genannten Kommunitaristen, die partikulare Bedingungen betonen, und liberalen Rechtstheoretikern, die die allgemeinen Standards hervorkehren, geführt werden.<sup>560</sup> Walzer unterscheidet zwischen einem „Universalismus des (allumfassenden) Gesetzes“ und einem „wiederholenden Universalismus“.<sup>561</sup> Der erste nimmt hinsichtlich der Normenanwendung eine allwissende Position ein, so dass die richtige Anwendung von Anfang an eindeutig ist.<sup>562</sup> Die liberale Entsprechung ist die Voraussetzung, dass die maßgebliche Ordnung für die Rechtsanwendung die Wirtschaftsordnung sei, deren Verhältnisse eindeutig auf-

---

<sup>559</sup> Siehe dazu Günther (1988: 299-307) und die Diskussion der rechtstheoretischen Differenz zwischen Normenbegründung und Normenanwendung im zweiten Teil.

<sup>560</sup> Siehe dazu etwa die Zusammenstellung verschiedener programmatischer Positionen in dieser Debatte im Sammelband von Honneth (1994).

<sup>561</sup> Walzer (1996: 144).

<sup>562</sup> In diesem Sinn Walzer (1996: 140f.); vgl. auch Günther (1988: 299-307).



geschlüsselt werden können. Dagegen versteht der wiederholende Universalismus die Anwendungen allgemeiner Standards als Teil der Selbstgesetzgebung, und „[w]iederholte Akte von Selbstbestimmung erzeugen eine Welt der Differenz.“<sup>563</sup> Was eine Norm für eine konkrete Gemeinschaft bedeutet, soll in einem Akt der Selbstreflexion auf die eigenen Verhältnisse bestimmt werden. Der wiederholende Universalismus erzeugt folglich unterschiedliche moralische Ordnungen oder Rechtswirklichkeiten, ohne dass dies der allgemeinen Geltung von normativen Forderungen widerspricht; denn „die Berechtigung zur Wiederholung ist [...] selbst universal.“<sup>564</sup> Differenzen bei der Konkretisierung von Recht ergeben sich demnach faktisch aus der wiederholten Einbettung von allgemeinen Standards in spezifische Gemeinschaften, und sie sind normativ zulässig, da ansonsten die Selbstbestimmung der Gemeinschaft untergraben wird. Dieser Anspruch auf Selbstbestimmung bleibt selbst dann bestehen, wenn eine Rechtsgemeinschaft die selbst erlassenen Normen auf sich anwenden soll.

Das zweite Kriterium legitimer Qualifikationen erhellt in meinen Augen das Spannungsverhältnis hinsichtlich partikularer Wertvorstellungen, das in Debatten zwischen kommunitaristischen und liberalen Positionen vorgeführt wird. Die umfassende Konzeption von demokratischer und epistemischer Souveränität zeigt, dass die allgemeine Normengeltung in der Normenanwendung nicht beseitigt wird. Trotzdem ist die Normenanwendung auf Präzisierungen angewiesen, die wiederum auf die bestehenden Lebensformen Bezug nimmt. Sobald dieser grundlegende Zusammenhang zwischen demokratischer und epistemischer Souveränität erkannt ist und eindeutige Legitimitätskriterien vorliegen, lösen sich die theoretischen Konflikte zwischen kommunitaristischen und liberalen Positionen auf. Die hier dargelegte Konzeption zeigt, dass Konflikte um die angemessene Darstellung von Personen und deren Qualifikationen auf der Ebene der Rechtsanwendung und der dazugehörigen Typologien rechtserheblicher Sachverhalte zu führen sind. Versuche, die entsprechenden Fragen grundsätzlich durch Rechts- oder Moraltheorien zu beantworten, sind verfehlt und widersprechen dem Selbstbestimmungsrecht der konkreten Personen in deren tatsächlichen Interaktionszusammenhängen.

Mit dieser theoretischen Auflösung, sind Konflikte um die zulässigen Wertvorstellungen gleichwohl noch nicht praktisch gelöst. Das dritte Kriterium formuliert, was für die Beurteilung von Qualifikationen in tatsächlichen Aushandlungskonflikten

---

<sup>563</sup> Walzer (1996: 150; sie auch 159).

<sup>564</sup> Walzer (1996: 161).

berücksichtigt werden muss. Die maßgebliche Ordnung, die dieses Kriterium vorgibt, ist das Niveau der Rechte in der Rechtswirklichkeit:

- (3) Eine neu eingeführte Qualifikation in die Typologie rechtserheblicher Sachverhalte ist nur dann legitim, wenn nach der Anpassung niemand über weniger Rechte in der Rechtswirklichkeit verfügt als vor der Anpassung.

Rechte sind bei der Auslegung dieses Kriteriums selbstverständlich nicht als konkrete Rechtsansprüche zu deuten. Die Anzahl der konkreten Ansprüche ist für die Bestimmung des Niveaus der gewährten Rechte unerheblich. Das Niveau der Rechte wird vielmehr durch die Menge der Wahloptionen bestimmt, über die die Personen einer Rechtsgemeinschaft eigenverantwortlich verfügen können. Hinter diesem Kriterium verbirgt sich ein schwaches liberales Konzept autonomer Personen: Es ist insofern liberal, als es Selbstbestimmung gegenüber Fremdbestimmung vorzieht, und es ist schwach, da es keine inhaltliche Aussage macht, welche konkreten Wahloptionen vorzuziehen sind. Ob eine Wahloption vorliegt oder nicht hängt von zwei Faktoren ab: Zum einen muss die erforderliche Entscheidungskompetenz bei den Personen selbst liegen, und zum anderen müssen die Wahloptionen gegeben und für die Akteure selbst relevant sein.

Die Anpassung einer Vollzugsmaßnahme kann Handlungsoptionen für die Personen demnach auf vier Arten gestalten: Die Entscheidungskompetenz verbleibt erstens bei den Personen, und die Optionen für die entsprechenden Handlungen sind in einer Weise qualifiziert, dass die Kompetenzen, die Personen zugeschrieben werden, und die Eigenschaften, die den Dingen zugerechnet werden, den Erwartungen der Akteure in ihren Handlungsordnungen entspricht. Zweitens: Die Entscheidungskompetenz verbleibt weiterhin bei den Personen. Aber die Qualifikationen von Personen und Dingen, die die Optionen gestalten, decken sich nicht mit den Erwartungen der Akteure in ihren Handlungsordnungen. Drittens: Die Entscheidungskompetenz geht an die Behörden über, wobei diese aber ihre Entscheidungen auf Qualifikationen stützen, die für die Akteure bedeutsam sind. Schließlich, viertens: Die Entscheidungskompetenz liegt bei den Behörden und für diese sind die Qualifikationen, die für die Akteure bedeutsam sind, unerheblich.

Zur Veranschaulichung möchte ich das bekannte Beispiel der Kennzeichnungspflicht für gentechnisch veränderte Lebensmittel anführen: Dem ersten Fall entspricht die ursprüngliche Regulation ohne eine Kennzeichnungslimite von einem Massenpro-

zent: Gekennzeichnet wurde alles, sobald sich die Verwendung von Gentechnologie aufgrund von selbst geringfügigen Anteilen gentechnisch veränderten Materials nachweisen ließ. Die revidierte Kennzeichnungspflicht mit einem Massenprozent erfüllt nicht mehr selbstverständlich die Erwartungen der Konsumentinnen und Konsumenten. Tatsächlich fällt die entsprechende Anpassung in die obigen Kategorien zwei beziehungsweise eins und drei. Zunächst lässt sich behaupten, dass die Optionen insbesondere nicht den Erwartungen im individuellen Gesundheitsschutz entsprechen und folglich ein Fall der Kategorie zwei sind. Wie ich bei der ausführlichen Darstellung dieses Fallbeispiels im ersten Teil gezeigt habe, machen die verantwortlichen Behörden geltend, dass die Kennzeichnungspflicht nicht den individuellen Gesundheitsschutz gewährleisten soll. Für sie erfüllt die revidierte Fassung den Täuschungsschutz für die Konsumentinnen und Konsumenten (also Kategorie eins), während der Gesundheitsschutz – wie von den Rechtsnormen vorgesehen – in der Kompetenz der Behörden liegt und dem allgemeinen Schutz der Gesundheit von Mensch und Umwelt dient (also Kategorie drei). Ein Fall der vierten Kategorie würde beispielsweise dann vorliegen, wenn in Zukunft die Limite von einem Massenprozent auch für gentechnisch verändertes Material gilt, das (noch) nicht von den Behörden zugelassen wurde.<sup>565</sup> Bei einer solchen Regulation ist den Behörden zufolge der Gesundheitsschutz bezüglich dieser Spuren unerheblich. Die Behörden der USA vertreten in diesem Sinn generell die Ansicht, dass spezifische Gesundheitserwägungen hinsichtlich gentechnisch veränderten Materials unwissenschaftlich und entsprechende Unterscheidungen zwischen konventionellen und gentechnisch veränderten Lebensmitteln für die Regulation unzulässig seien.<sup>566</sup>

Diese Darstellungen heben die Perspektive der Konsumentinnen und Konsumenten heraus. Ähnliche Überlegungen lassen sich aber auch bezüglich der Position der Lebensmittelproduzenten, Zulieferer und Großverteiler machen. Das bedeutet, dass das dritte Kriterium kein Kalkül an die Hand gibt, nach dem das Niveau der Rechte sozusagen berechnet werden könnte. Eine solche Berechnung wäre nur dann mög-

---

<sup>565</sup> Entsprechende Anpassungen sollen in Zukunft in der EU und der Schweiz für Spuren von GVO-Material gelten (unter 1 bzw. neu 0,9%), für das noch keine Zulassung besteht.

<sup>566</sup> Siehe dazu den Vergleich der maßgeblichen Annahmen im Vollzug der U.S. Behörden gegenüber europäischen Behörden in Jasanoff (1995) oder Klintman (2002); die weit reichenden Implikationen und Wurzeln dieser Annahmen mit Blick auf die Kennzeichnung verdeutlicht Millstone (2000); eine Zusammenfassung von Studien zur unterschiedlichen öffentlichen Wahrnehmung der Gentechnologie im Nahrungsmittelbereich bietet Gaskell et al. (1999); Goldman (2000), Miller (2000) oder Moore (2001) geben einen Einblick in die U.S. amerikanische Argumentationsweise.

lich, wenn die maßgebliche Perspektive, nach der das erreichte Niveau der Rechte zu bestimmen wäre, eindeutig vorläge. Die drei Kriterien für legitime Qualifikationen in Typologien rechtserheblicher Sachverhalte geben folglich kein Kalkül wieder. Dies wäre schlicht eine falsche Erwartung, da Legitimitätskriterien und keine Effizienzkriterien ausschlaggebend sind. Das erste Kriterium betrifft die zwanglose Form der Aushandlung von Qualifikationen im Recht. Das zweite Kriterium spezifiziert den Typus statthafter Gründe und markiert so den Unterschied zur Normenbegründung, die auf Interessen beruht. Aber erst das dritte Kriterium ist ein eigentlich normatives Kriterium, das die Hinsicht festlegt, die für die Beurteilung von Qualifikationen und Typologien rechtserheblicher Sachverhalte maßgeblich ist. Es zeigt auf, im Hinblick worauf deren Legitimität beurteilt wird. Diese Beurteilung ist von der juristischen Frage zu unterscheiden, ob die Behörde, die eine Revision der Legaldefinition oder der Vollzugsbestimmungen durchführt, auch tatsächlich dazu befugt ist. Dies ist die Frage nach der Legalität der Revision und setzt die notwendigen Delegationsnormen an die Behörden voraus, in denen dieser die Kompetenz erteilt wird, entsprechende Anpassungen selbständig vorzunehmen.

Jedoch ergibt sich die Legitimität auch nicht einfach aus der Zustimmung des Laienpublikums. Eine solche Bestimmung ist betreffend der statthafter Gründe zu unspezifisch. Rechtstheoretisch wird erwartet, dass die Zustimmung nicht interessegeleitet motiviert sein soll, sondern aus Einsicht in die Zusammenhänge der betroffenen Handlungsordnungen und in die Auswirkungen auf das Niveau der Rechte erfolge. Die Konzeption epistemischer Souveränität legt mit den drei Legitimitätskriterien die Bedingungen für die maßgeblichen Gründe fest, die im Rahmen der Auseinandersetzungen um legitime Qualifikationen geltend gemacht werden können. Maßgebliche Gründe sind geteilte Überzeugungen (nicht Interessen) und der Nachweis, dass das Niveau der Rechte verändert wird. Dass diese rechtstheoretische Erwartung allenfalls nicht erfüllt wird und die Zustimmung gleichwohl interessegeleitet ist, ficht die Ausscheidung spezifischer rechtstheoretischer Kriterien für die Typologien rechtserheblicher Sachverhalte nicht an. Die drei Kriterien legitimer Qualifikation sollen nicht die tatsächlichen Motivationen und Mechanismen beschreiben. Vielmehr geben sie die Mittel an die Hand, mit denen möglichen Missachtungen, die durch Revisionen von Legaldefinitionen und Vollzugsverfahren verursacht werden könnten, festgestellt und auf ihre mangelhafte Legitimität hin beanstandet werden können. Die Kette der Begründungen zwischen Verwaltungen und Öffentlichkeit wird folglich durch eine Einsicht in die institutionellen Zusammenhänge geschlossen. Damit die Ohnmacht überwunden werden kann, ist demnach

eine rationale Akzeptanz aus Einsicht gefordert. Allerdings eine rationale Akzeptanz, die die kontingenten Überzeugungen aus der Binnenperspektive des Alltags ernst nimmt und die keine starke Rationalität in der Art der Habermasschen Gesellschaftstheorie fordert.

Mit der Rede von rationaler Akzeptanz erhebe ich den Anspruch, dass verschiedene Formen der Zustimmung unterscheidbar sind. Bei der Beurteilung der Typologien rechtserheblicher Sachverhalte geht es darum, ob die darin enthaltenen Schlussregeln die verbreiteten epistemischen Überzeugungen wiedergeben. Deshalb sind nicht partikulare Interessen als Positionen im sozialen Raum maßgeblich, sondern entscheidend sind die Annahmen, die überhaupt den sozialen Raum als epistemischen Raum hervorbringen. Daher betrifft die erforderliche Zustimmung hinsichtlich der Normenanwendung die epistemische Überzeugungen. Ich behaupte, dass nur dieser Typus von Gründen die legitimierende Kette der Begründungen zwischen Öffentlichkeit und Verwaltung schließen kann. Das bedeutet nicht, dass ohne diese Verkettung notwendigerweise ein Problem bestehen muss, da die Kooperation auch mit divergierenden epistemischen Annahmen praktisch funktionieren kann. Die Akteure sehen vielleicht gar kein solches Problem, ohne sich freilich über die geschlossene oder offene Kette Rechenschaft abzulegen, weil sie beispielsweise den Behörden blind vertrauen.<sup>567</sup> Hingegen erfordert die Klage, dass eine bestimmte Vollzugsform Personengruppen epistemisch missachtet, dass die beanstandete Missachtung gestützt auf die drei Legitimitätskriterien sowie geteilte Überzeugungen nachgewiesen wird. Die unter Umständen problematisierte Legitimation ist daher unabhängig von der Bereitschaft zur Kooperation. Sozialwissenschaftliche Untersuchungen haben denn auch gezeigt, dass Bürgerinnen und Bürger sich gegenüber Behörden loyal verhalten und dieses Vertrauen entgegenbringen, d.h. aus pragmatischen Überlegungen umfassend kooperieren, obschon ein massiver Legitimationsverlust festzustellen ist.<sup>568</sup>

---

<sup>567</sup> Siehe dazu die Studien in Gaskell et al. (1999).

<sup>568</sup> Dies ist der Befund einer sozialwissenschaftlichen Studie, in der die Haltung der Laien mittels Methoden der qualitativen Sozialforschung erhoben wurde. Es stellt sich heraus, dass die Laien zwar gegenüber den behördlichen Beteuerungen skeptisch sind, dass die Regulation wissenschaftlich fundiert und daher verlässlich sei, aber aus pragmatischen so handeln, als ob sie den Regulationsmaßnahmen Vertrauen schenken: "At one level, it may be reasonable to see this ambivalence as a reflection of the extent to which people feel trapped by their own dependency upon such official 'expert' systems, and are realistic about this fact. Equally, it may be that people are led by a realistic sense of the uncertainties involved to be sceptical about 'scientific' assurances (which typically may not be acknowledging all of those uncertainties), and to focus instead on the possible motives and interests driving the technology overall. Thus increasingly in domains of this kind, people may now

Schließlich erinnere ich daran, dass die Schwierigkeit, der sich die Rechtsanwendung zu stellen hat, nicht der ethische Pluralismus sondern der Pluralismus der Ordnungen ist. Der ethische Pluralismus wirft eher Probleme bei der Normenbegründung auf, wo unter Umständen unüberwindliche Haltungen und Handlungserwartungen bezüglich derselben Rechtsmaterie bestehen. Das klassische Beispiel hierfür ist die Abtreibung,<sup>569</sup> doch ähnliche Fragen tauchen jetzt hinsichtlich der Embryonenforschung wieder auf. Die gewählte verbindliche Regelung im Gesetz erscheint dann für die eine oder die andere Haltung schlicht amoralisch und inakzeptabel. Solche ethischen Kontroversen stellen Konflikte bezüglich der fundamentalen Gleichheit der Menschen dar – also wie Menschenwürde zu verstehen sei. Dagegen wird der Pluralismus der Ordnung bei der Rechtsanwendung strittig, da die gewählte Handlungsordnung an den geltenden Rechtsnormen vorbei Kompetenzen von Personen und Beschaffenheiten von Dingen in das Recht einführt.

### 3.1.1 *Organisation epistemischer Souveränität*

Epistemische Souveränität soll in einer Art und Weise organisiert werden, dass die rechtsförmigen Entscheidungsprozesse den drei Legitimitätskriterien genügen. Während Habermas' Demokratieprinzip die Bedingungen nennt, denen jede egalitäre und diskursive Meinungs- und Willensbildung und die Verfahren legitimer Rechtssetzung entsprechen müssen,<sup>570</sup> geben die drei Legitimitätskriterien die Bedingungen an, die in Aushandlungsprozessen um legitime Qualifikationen und von Typologien rechtserheblicher Sachverhalte erfüllt werden sollen. Die drei Legitimitätskriterien nehmen demnach eine analoge rechtstheoretische Funktion für die epistemische Souveränität ein wie das Demokratieprinzip für die demokratische Souveränität. Ich werde zunächst die Herleitung des Demokratieprinzips und der

---

be exhibiting a form of 'virtual' trust in relation to regulators, acting *faute de mieux* 'as if' they feel trust, because of a realistic sense of lack of alternatives in circumstances of all-embracing and non-transparent dependency on experts judgements. If this is correct, a likely corollary is the potential brittleness of the 'as if' trust generated thereby, since the latter is not rooted in authentically deep-rooted confidence based on positive experience, nor in any expectation of agency in relation to ensuring the proper behaviour of official regulators. Given this brittleness, an obvious concern arises – that in the event of things going wrong in the GMO sphere – conventional patterns of official reassurance will lack purchase – leading in turn to a loss of control, and other perverse feedback for politicians and the political system more generally (a foretaste of which has already been provided in the BSE case)." Grove-White et al. (1997: 20).

<sup>569</sup> Zur philosophischen Auseinandersetzung mit den Fragen der Abtreibung, künstlicher Befruchtung sowie Euthanasie und Selbstmord vgl. die Beiträge im Sammelband von Leist (1990).

Legitimitätskriterien vergleichen und ihr Ergänzungsverhältnis aufzeigen. Dann werde ich mich den Rechten epistemischer Souveränität zuwenden und aufzeigen, inwiefern diese Rechte tatsächlich durch entsprechende Rechtsmittel verfügbar gemacht werden sollten.

### 3.1.1.1 *Prozeduralismus, Demokratieprinzip und Legitimitätskriterien*

Eine vollständige Rechtstheorie muss ein normatives Prinzip angeben können, dem die rechtsförmig organisierten Aushandlungs- und Entscheidungsprozesse um Qualifikationen und Typologien rechtserheblicher Sachverhalte genügen müssen. Habermas' Rechtstheorie ist meines Erachtens insoweit unvollständig, als das prozeduralistische Rechtsparadigma kein solches normatives Prinzip enthält, da es allein eine möglichst hohe Teilhabe der Öffentlichkeit an der demokratischen Genese des Rechts fordert.<sup>571</sup>

Das prozeduralistische Rechtsparadigma verfolgt das Ziel, den Rechtfertigungszwang der öffentlichen staatlichen Ordnung gegenüber den Privatleuten nicht abbrechen zu lassen. Private Autonomie, die im Alltag in vielfältiger Weise wahrgenommen wird, und öffentliche Autonomie, die durch Rechte verbürgt und normiert ist, sollen sich wechselseitig ergänzen, „damit sich die Adressaten des gesetzten Rechts zugleich als Autoren der Rechtssetzung verstehen können.“<sup>572</sup> Die bestehende rechtliche Ordnung soll aufgrund der Folgen, die diese Ordnung für die Privatsphäre zeitigt, problematisiert werden können. Dies setzt voraus, dass die rechtliche Gleichheit der Privatleute auch faktisch ausreichend gewährleistet ist, damit sie diese Kritikmöglichkeiten wahrnehmen können. Insgesamt beschränkt sich das prozeduralistische Rechtsverständnis darauf, die tatsächliche Teilhabe von Privatleuten an der öffentlichen, demokratischen Meinungs- und Willensbildung zu gewährleisten. Es strebt dagegen nicht einen angemessenen Vollzug der Rechtsnormen und die Sicherung epistemischer Souveränität an.

Der wechselseitige Zusammenhang von privater und öffentlicher Autonomie wird laut Habermas intuitiv erfasst:

Diesem [intuitiven] Maßstab zufolge müssen die Staatsbürger in Wahrnehmung ihrer öffentlichen Autonomie die Grenzen der privaten Autonomie so ziehen, dass diese die Privatleute für ihre Rolle als Staatsbürger hinreichend qualifiziert.<sup>573</sup>

---

<sup>570</sup> Dazu Habermas (1992: 142).

<sup>571</sup> Vgl. die ausführliche Argumentation in Habermas (1992: 435-467).

<sup>572</sup> Habermas (1992: 503).

<sup>573</sup> Habermas (1992: 503).

Nur diejenigen Qualifikationen sollen laut Habermas beachtet werden, die dazu beitragen, dass Privatleute ihre Rolle als Bürgerinnen und Bürger in demokratischen Gesetzgebungsprozessen tatsächlich wahrnehmen können. Die rechtliche Gleichheit muss in einer gegebenen Rechtsgemeinschaft faktisch genutzt werden können, da die Öffentlichkeit „auf die spontanen Zufuhren aus einer Lebenswelt angewiesen [ist], die in ihren privaten Kernbereichen intakt ist.“<sup>574</sup> Deshalb hat der Staat dafür zu sorgen, dass die Privatleute in diesem Kernbereich auch wirklich hinreichend autonom sind, damit sie die ihnen zugedachte Rolle auch wirklich ausfüllen können. So muss der Staat insgesamt dafür sorgen, dass der Zugang zu den dazu notwendigen Ressourcen allen offen steht: Beispielsweise sollte der Staat für Ausbildung und Erziehung oder eine angemessene und gerechte materielle Umverteilung sorgen. Im Gegensatz etwa zu Rawls, dessen zweiten Gerechtigkeitsgrundsatz ich unten mit den drei Legitimitätskriterien vergleiche, verzichtet Habermas darauf, im Detail anzugeben, unter welchen Bedingungen die Privatleute als Bürgerinnen und Bürger hinreichend qualifiziert sind. Das bedeutet, dass er die Kriterien der legitimen Qualifikation im Sinn des prozeduralistischen Rechtsparadigma den Bürgerinnen und Bürgern überlässt. Normative Kriterien gibt Habermas einzig an, um den Verwaltungen Grenzen zu setzen:

Ein Rechtsprogramm erweist sich als diskriminierend, wenn es gegen die freiheitseinschränkenden Nebenfolgen faktischer Ungleichheiten, als paternalistisch, wenn es gegen die freiheitseinschränkenden Nebenfolgen der staatlichen Kompensation dieser Ungleichheiten unempfindlich ist.<sup>575</sup>

Verwaltungen können die private Autonomie auf zweierlei Weisen verletzen: Sie können faktische Ungleichheiten in einem Maß zulassen, dass die Autonomie unzureichend geschützt ist. Diese Gleichgültigkeit gegenüber den tatsächlichen Chancen ist diskriminierend, da Teile der Privatleute ihre Freiheitsrechte faktisch überhaupt nicht wahrnehmen können.<sup>576</sup> Der Staat greift nicht ein, wo er dazu angehalten wäre einzuschreiten, um die Freiheitsrechte zu gewährleisten. Dagegen kann der Staat auch übermäßig in die Privatsphäre eingreifen und auf diese Weise Freiheitsrechte unangemessen beschneiden. Dann handelt der Staat gegenüber den Privatleuten paternalistisch und entmündigt diese „in der Weise, dass sich der Ausgleich von Situationsnachteilen mit Bevormundungen verbindet, die die beabsichtigte Autori-

---

<sup>574</sup> Habermas (1992: 503).

<sup>575</sup> Habermas (1992: 503).

<sup>576</sup> Diese Argumentation erinnert an Rawls' Differenzprinzip, das ich bei der Diskussion alternativer Kriterien für eine gerechte Gesellschaftsordnung erläutern werde.



sierung zum Gebrauch von Freiheit in Betreuung verkehren.“<sup>577</sup> All die unterlassenen oder durchgeführten Maßnahmen betreffen den Zugang zu den erforderlichen Ressourcen für die Ausübung der persönlichen Freiheitsrechte in der Privatsphäre und der politischen Autonomie in der demokratischen Meinungs- und Willensbildung.

Die normativen Kriterien geben den Verwaltungen zwar Kriterien vor, innerhalb welcher Bandbreite ihre Eingriffe in die Privatsphäre noch als angemessen gelten können. Doch diese Kriterien betreffen den Anspruch gegenüber notwendigen Ressourcen und sagen nichts darüber aus, inwiefern die übrige Rechtswirklichkeit angemessen gestaltet wird. Aus diesem Blickwinkel erscheint die Zuteilung oder die Umverteilung von Ressourcen als das maßgebliche Problem, dem sich der Staat stellen muss. Das normative Kriterium soll die „öffentliche Autonomie der Staatsbürger“ soweit als möglich stärken, da diese „als gleichberechtigte Autoren der Rechtsordnung (letztlich) über die Kriterien der Gleichbehandlung befinden müssen“.<sup>578</sup> Indem Habermas die entsprechenden Entscheidungen in die Hände der Bürgerinnen und Bürger legt, verzichtet er darauf, eigentliche Legitimitätskriterien für Typologien rechtserheblicher Sachverhalte anzugeben. Im Theoriezusammenhang von Habermas' Diskurstheorie des Rechts bleibt außerdem unklar, wie die Kriterien der Gleichbehandlung über Rechtssetzungsprozesse beurteilt werden sollen.

Die Gleichbehandlung wird im Rahmen von Habermas' Rechtstheorie durch demokratische Verfahren sichergestellt. Für diese Verfahren gilt das Demokratieprinzip, das für eine legitime Normenbegründung sorgen soll. Über die Legitimität der Qualifikationen und der Typologien rechtserheblicher Sachverhalte schweigt sich das Demokratieprinzip hingegen aus. Aus diesem Grund bleibt die Rechtstheorie von Habermas unvollständig. Solange sie sich allein auf die diskurstheoretische Kommunikationstheorie der Gesellschaft und eine entsprechende Handlungstheorie stützt, vermag sie den spezifischen Anforderungen nicht zu begegnen, die sich durch die Entfaltung von Qualifikationen in Handlungsordnungen ergeben. Diese fließen über Typologien in die Rechtswirklichkeit ein, ohne dass sie sich im Rahmen rechtsförmiger Verfahren als angemessen und legitim erweisen müssen. Dieses Phänomen beschreibt Habermas mit der Rede von sekundären Naturwüchsigkeiten in den Verwaltungen, die diskursiv rationalisiert werden sollen. Ich habe bereits gezeigt, dass eine sprachphilosophische Analyse dieses Problems, die sich an Gel-

---

<sup>577</sup> Habermas (1992: 502).

<sup>578</sup> Habermas (1992: 500).

tungsansprüchen in Kommunikationen orientiert, nicht genügt, um die nichtsprachlichen Aspekte der Handlungskoordination zu fassen. Deshalb schlage ich ergänzend zum Demokratieprinzip die drei oben erläuterten Legitimitätskriterien vor. Da diese Prinzipien aus unterschiedlichen Theoriezusammenhängen abgeleitet werden, ist zu klären, wie sich diese rechtstheoretisch zueinander verhalten.

Die Herleitung der beiden normativen Prinzipien ist verschieden: Das Demokratieprinzip wird aus dem Diskursprinzip und dem Universalisierungsprinzip gewonnen, die wiederum in den Argumentationsvoraussetzungen der idealen Sprechsituation fassbar werden.<sup>579</sup> Das Demokratieprinzip geht also von der Sprachfähigkeit der Akteure als fundamentale Kompetenz aus. Die drei Legitimitätskriterien habe ich dagegen aus einer anderen fundamentalen Kompetenz abgeleitet, indem ich die Entfaltung von Qualifikationen und deren Unverzichtbarkeit für jegliche Handlungskoordination aufgezeigt habe. Die entsprechenden Naturalisierungen und Qualifikationen werden zwar sprachlich überformt, doch wie ich erläutert habe, können sie nicht vollständig in Sprache aufgelöst werden. Der vorsprachliche Bezug zu den Dingen ist demnach ebenso fundamental wie die Kommunikation über Dinge. Die Rechtstheorie hat dies insofern zu berücksichtigen, als die Interaktionen, die durch das Recht verbindlich geregelt werden sollen, sowohl durch Sprache als auch durch nichtsprachliche Faktoren koordiniert werden. Von besonderer Bedeutung unter solchen nichtsprachlichen Faktoren sind Technologien. Handlungskoordinationen werden ebenso durch Kommunikation wie durch Technologien stabilisiert, und beide, Kommunikationen wie Technologien, können die bestehenden Grundlagen von Handlungskoordinationen ändern. Kommunikation kann Traditionen und Lebensformen in Frage stellen und verändern, während Technologien neue Konfigurationen von Handlungsordnungen hervorbringen. Da schließlich beide Ausdruck der Selbstentfaltung fundamentaler Kompetenzen der Menschen sind, sollte keine der beiden Formen der Interaktion, die technische oder die kommunikative, zu Ungunsten der anderen ausgeblendet oder strikte untergeordnet werden.

Demgegenüber legen Habermas' Gesellschaftstheorie und Handlungstheorie eine derartige Unterordnung nahe: Die kommunikativ strukturierte Interaktion wird in Habermas' Kommunikationstheorie der Gesellschaft unter dem Stichwort symbolischer Reproduktion subsumiert, während die nichtsprachliche Handlungskoordina-

---

<sup>579</sup> Vgl. die Herleitung im Rahmen der Diskurstheorie des Rechts bei Habermas (1992: 135-165).

tion als materielle Reproduktion verstanden wird.<sup>580</sup> Die Unterscheidung zwischen symbolischer und materieller Reproduktion wird in Habermas' Handlungstheorie wiederum mit einer klaren Differenz verbunden: Zweckrationales Handeln richtet sich nach technischen Regeln und beruht auf empirischem Wissen, während kommunikatives Handeln sich nach geltenden Normen richtet.<sup>581</sup> Diese formale Unterscheidung der verschiedenen Formen von Geltungsansprüchen und Diskurstypen wird substantiell gedeutet, wenn die Aushandlungs- und Entscheidungsprozesse organisiert werden sollen. Wenn beispielsweise Sorten von Gründen für die Gewaltenteilung grundlegend werden,<sup>582</sup> überlagern funktionale Aufgabenteilungen und die Unterscheidung von Diskurstypen einander. Eine Folge solcher Überlagerungen sind etwa die sekundären Naturwüchsigkeiten der Sachverständigen in den Behörden, die Habermas als eine Ursache der Krise des Rechtsstaates betrachtet.

Die Strukturen, die zur Krise des Rechtsstaates führen, sind in Habermas' eigenem Theoriegebäude selbst angelegt: Die Diskurstheorie weist die theoretische Unterscheidung zwischen zweckmäßigem und kommunikativem Handeln als maßgeblich aus. Daher erscheint es sinnvoll, diese aus der Diskurstheorie in die Organisation der Behörden zu übernehmen. Dabei kommt es zu den bekannten Spannungen zwischen Faktizität und Geltung. Diese erklärt Habermas damit, dass zweckmäßiges Handeln nur scheinbar auf empirischem Wissen beruht, in Wirklichkeit aber von sekundären Naturwüchsigkeiten abhängt. Die von Habermas vorgeschlagene Lösung lautet infolgedessen, zwischen falschen Überzeugungen, die sich auf sekundäre Naturwüchsigkeiten stützen und gerechtfertigten Überzeugungen, die wahres empirisches Wissen wiedergeben, zu unterscheiden. Die rechtstheoretischen Implikationen, die sich aus einer solchen Unterscheidung ergeben, sind jedoch unhaltbar, da erstens derlei Unterscheidungen für die Binnenperspektive der lebensweltlichen Akteure aus demokratietheoretischen Erwägungen nicht übernommen werden können. Sie würden die Akteure in unzulässiger Weise dazu zwingen, die Voraussetzungen der Diskurstheorie anzunehmen, um zwischen falschen und gerechtfertigten Überzeugungen zu unterscheiden. Zweitens wird die Kommunikationstheorie der Gesellschaft den vor- oder nichtsprachlichen Aspekten des Alltags nicht gerecht. Die technikgestützte

---

<sup>580</sup> Siehe die Unterscheidung zwischen symbolischer und materieller Reproduktion in der Lebenswelt bei Habermas (1981b: 209).

<sup>581</sup> Diese kommunikationstheoretische Differenz hat Habermas schon früh in seinem Schaffen formuliert; siehe etwa Habermas (1968: 62f.).

<sup>582</sup> Zu den rechtstheoretischen Implikationen der Sorten von Gründen siehe Habermas (1992: 140; 236).

Interaktion soll in der Weise berücksichtigt werden, als sie aus theoretischer Perspektive in Aspekte der symbolischen beziehungsweise der materiellen Reproduktion geschieden werden. Technologien sind dann für die politische Theorie und die Rechtstheorie nur insofern relevant, als sie gerecht zu verteilende Ressourcen darstellen oder Ausdruck illegitimer Macht sind, die sich kraft falscher Überzeugungen entfaltet.

Im Gegensatz dazu habe ich nahe gelegt, dass die Veränderung von Handlungsordnungen die rechtstheoretische Frage aufwirft, welche Qualifikationen von Personen und Dingen in der Rechtsanwendung angemessen sein sollen. Solche Veränderungen gehen insbesondere von technologischen Innovationen aus. Der technologische Wandel sollte weder bloß als Veränderung „des materiellen Substrats der Lebenswelt“<sup>583</sup> gedeutet werden, noch kann die Bewältigung von Problemen, die durch Technologien hervorgerufen werden, allein durch technische Regeln und empirisches Wissen gelöst werden (wenn solches Wissen auf ingenieur- und naturwissenschaftliches Wissen verkürzt wird). Neue Technologien können auch die Bedeutung der Rechtswirklichkeit verändern. Für die Rechtstheorie bedeutet dies, dass sie gleichermaßen angeben muss, wie mit Veränderungen in der kommunikativ strukturierten Interaktion als auch mit dem Wandel nichtsprachlicher Handlungskoordinationen umgegangen werden soll. Beide verändern die Interaktionsbedingungen in der Gesellschaft und können gleichermaßen das Gerechtigkeitsempfinden herausfordern und Missachtung verursachen, so dass beide der rechtsförmigen Verfahren bedürfen, um allfällige Konflikte zu lösen. Für die erforderlichen rechtsförmigen Verfahren muss aber ein wesentlicher Unterschied berücksichtigt werden: Die Sprache lässt sich als Zeichensystem von der Praxis lösen und greift auf diese Weise immer schon verallgemeinernd über die angesprochene Situation hinaus. In Sprache ist der Anspruch auf Allgemeingültigkeit immer schon eingebaut.<sup>584</sup> Technologien sind dagegen an die vorsprachlichen Automatismen und die materiellen Artefakte gebunden. Sie sind daher zunächst situativ begrenzt, wobei allerdings Effizienz- und Kompatibilitätserwägungen ihren verbreiteten Gebrauch begünstigen können. Im situativen Umgang mit Technologien ist demgemäß keine situationsübergreifende Geltung in der Art enthalten, wie sie in sprachlichen Interaktionen begegnet.

---

<sup>583</sup> Habermas (1981b: 209).

<sup>584</sup> Hinsichtlich dieses immanenten Anspruchs auf Allgemeingültigkeit unterscheidet Habermas im Weiteren die unterstellte Bedeutungsallgemeinheit sprachphilosophisch von der Idealität der Wahrheitsgeltung; Habermas (1992: 28-45).

Die unterschiedlichen Kriterien, die gemäss Klaus Günther für die Normenbegründung und die Normenanwendung gelten,<sup>585</sup> verdeutlichen, wie sich sprachlich gefestigte Handlungskoordinationen und technisch stabilisierte Interaktionen rechtstheoretisch zueinander verhalten. Im Kern folgt aus Günthers Differenzierung, dass bei Normenbegründungen verbindliche Handlungserwartungen ausgehend von den Interessen der Akteure festgelegt werden, wobei gleichbleibende Umstände für die Handlungskoordination unterstellt werden. Dagegen wird bei der Normenanwendung vorausgesetzt, dass die verbindlichen Handlungserwartungen durch die geltenden Normen zum Ausdruck gebracht werden. Eine Normenanwendung ist dann angemessen, wenn sie die Erwartungen unter den gegebenen Bedingungen erfüllt, und die Analyse der gegebenen Bedingungen steht im Vordergrund. Da die Sprache Bedeutungen recht konstant hält, kann die geteilte Sprache dazu dienen, in Normenbegründungen die gleichbleibenden Umstände zu fassen. Die kommunikativ gestaltete Interaktion eignet sich daher besonders dafür, Interessen und Handlungserwartungen vor dem Hintergrund gleichbleibender Gegebenheiten zu vergleichen, um so zu verbindlichen Normen zu gelangen. Damit Normenbegründungen in legitimer Weise organisiert werden können, ist daher Kommunikation die maßgebliche Kompetenz, die zusammen mit der Konzeption der Autonomie, d.h. als freie Personen aus eigenen Interessen handeln zu können, vorausgesetzt werden muss. Insofern ist es vernünftig, das Demokratieprinzip aus der Sprachfähigkeit abzuleiten.

Im Gegensatz zur Sprache möchte ich in einer phänomenologischen Betrachtungsweise Technologien im alltäglichen Gebrauch als automatisierte Handlungsordnungen verstehen.<sup>586</sup> Im alltäglichen Umgang mit Technologien beanspruchen diese keine situationsübergreifende Geltung in der Art von Kommunikationen.<sup>587</sup> Sie sorgen durch Automatismen und nicht durch Einsicht dafür, dass Interaktionen stabilisiert sind. Da ihre Geltung begrenzt und vorsprachlich ist, eignen sich derlei Automatismen und die entsprechenden Handlungsordnungen nicht dafür, in

---

<sup>585</sup> Dazu Günther (1988: 299-307).

<sup>586</sup> Eine solche phänomenologische Betrachtungsweise habe ich oben bei der Erörterung von Konzeptionen des Alltags verdeutlicht. Technologien oder Technik anhand der Automatismen zu fassen, entspricht auch der Begriffsbestimmung von Luhmann: „Der Begriff der Technik soll sehr formal definiert sein als feste Koppelung von kausalen Elementen, gleichviel auf welcher materiellen Basis diese Koppelung beruht. Dieser Begriff schließt menschliches Verhalten ein, sofern es „automatisch“ abläuft und nicht durch Entscheidungen unterbrochen wird.“ Luhmann (2000: 370).

<sup>587</sup> Die situationsübergreifende Geltung wird nicht sprachlich vermittelt. Das bedeutet nicht, dass Technologien nicht über begrenzte Kontexte hinaus wirksam werden, aber die Mechanismen sind soziologisch anderer Art; vgl. dazu Joerges (1988) oder Rammert (1988).

Normenbegründungen die gleichbleibenden Umstände zu benennen und als konstant festzusetzen. Hingegen spielen sie bei der Normenanwendung eine maßgebliche Rolle, wenn die gegebenen Bedingungen untersucht werden, unter denen Handlungserwartungen erfüllt werden sollen. Natürlich setzt diese Analyse voraus, dass die spezifischen Umstände sprachlich gefasst werden, aber dazu reichen geteilte Überzeugungen aus. Eine umfassende theoretische Darstellung der Technologie oder der betreffenden Handlungsordnung ist dazu nicht erforderlich. Wenn dagegen Technologien umfassend theoretisch beschrieben werden, indem etwa die materiellen Artefakte ingenieurtechnisch erklärt, und die Handlungserwartungen bei der Entwicklung und beim Gebrauch zusätzlich spezifiziert werden,<sup>588</sup> dann ist eine solche Darstellung schon im Medium der Sprache formuliert und setzt einen bestimmten theoretischen Blickwinkel voraus. Wenn solche Darstellungen geteilt werden, dann können sie als Hintergrundannahme gleichbleibender Umstände bei der Normenbegründung verwendet werden. Entscheidend ist daher nicht eine absolute Differenz zwischen Technologien und Sprache, sondern maßgeblich ist, dass Handlungen ebenso durch Automatismen wie durch Einsicht stabilisiert werden. So können sprachliche Interaktionen und Lebensformen ebenfalls derart stark situationsgebunden und automatisiert sein, dass sie erst bei der Normenanwendung berücksichtigt werden können.

Wie Habermas gehe ich davon aus, dass die Rechtstheorie normative Prinzipien angeben soll, nach denen Verfahren rechtsförmig gestaltet werden sollen, so dass aller Zwang ausgeschaltet werden kann, der nicht durch legitime Rechte und Pflichten selbst auferlegt wird. Derweil unterscheiden sich Habermas und meine Vorstellungen davon, was einen illegitimen Zwang kennzeichnet. Für Habermas ist ein Zwang illegitim, wenn er durch Effizienzüberlegungen, Automatismen oder Funktionalität auferlegt wird.<sup>589</sup> Solchem Zwang soll die kommunikative Macht entgegengehalten werden. Deshalb tritt er für das prozeduralistische Rechtsparadigma ein, das die öffentliche Kommunikation und die Gesetzgebungsverfahren stärken soll. Die normativen Kriterien, denen rechtsförmige Verfahren genügen müssen, werden daher hinreichend vom Demokratieprinzip festgehalten. Dagegen vertrete ich die

---

<sup>588</sup> So etwa zwischen Unterscheidung zwischen dem „Sachsystem“ und der „Menge menschlicher Handlungen“ im Entstehungs- und Anwendungskontext bei Ropohl (1991: 18).

<sup>589</sup> Vgl. etwa die prägnante Kritik an Talcott Parsons in Habermas (1981b: 413-419) oder die normativen rechtstheoretischen Einwände gegen soziologisierende Konzeptionen des Rechts in Habermas (1992: 61-108).

Ansicht, dass illegitimer Zwang nicht selbstverständlich von Funktionalitäts- und Effizienzunterstellungen in Form von Naturalisierungen oder Automatismen ausgehen muss. Diese sind zum einen notwendig für erfolgreiche Handlungskoordinationen und lassen sich daher nicht in Geltungsansprüche auflösen. Zum anderen sind sie Ausdruck der Fähigkeit von Menschen, sich in materielle Konfigurationen einzufügen und sich Dinge durch Automatismen einzuverleiben, die ebenso fundamental wie das Sprachvermögen ist. Zwang entsteht vielmehr dadurch, dass die Selbstbestimmung und autonome Entfaltung von Handlungsordnungen eingeschränkt wird. Solcher Zwang muss begründet werden, sei es demokratisch, indem Handlungserwartungen ausgehandelt werden, sei es epistemisch, indem sich die Akteure auf die maßgeblichen Qualifikationen von Personen und Dingen einigen.

### 3.1.1.2 *Rechtsförmige Verfahren zur Überwindung der Ohnmacht der Verwaltungen*

Epistemische Souveränität soll dazu beitragen, dass die Ohnmacht der Verwaltung, ihre Vollzugsmaßnahmen nicht begründen zu können, überwunden wird. Dazu nennen die drei Legitimationskriterien die Bedingungen, denen legitime Qualifikationen und Typologien rechtserheblicher Sachverhalte genügen müssen. Nun habe ich auch Rechte anklingen lassen, die sich aus dem Grundrecht auf epistemische Souveränität ergeben. Legitimitätskriterien sind indes noch keine rechtsförmigen Verfahren oder Rechte. Daher möchte ich aufzeigen, inwiefern im Zusammenhang mit epistemischer Souveränität von Rechten gesprochen werden kann.

Zunächst binden die drei Legitimitätskriterien die Verwaltung in ihren Entscheidungsprozessen, insofern diese Kriterien das institutionelle Verständnis für rechtmäßiges Handeln in den Behörden wiedergeben und dieses Verständnis daher das Selbstverständnis der verantwortlichen Personen in den Behörden beschreibt. Solange anzunehmen ist, dass die Rechtsauffassungen innerhalb und außerhalb der Behörden nicht fundamental verschieden sind, genügt es, diese Intuition bewusst zu machen und zu artikulieren. Die Einsicht in das institutionell geteilte Verständnis darüber, was ein legitimer Vollzug ist, genügt allerdings nur soweit, als nicht nur dieses Verständnis geteilt wird, sondern auch die Überzeugungen und Qualifikationen geteilt werden, die beim Aushandeln von Vollzugsmaßnahmen berücksichtigt werden sollen. Dies ist allerdings angesichts der Vielfalt von Handlungsordnungen weit weniger selbstverständlich. Folglich darf im Sinn einer geteilten Rechtsauffassung von den Verwaltungen erwartet werden, dass sie die Anforderungen epistemischer Souveränität ernst nehmen und die Legitimitätskriterien beachten werden. Während also dieses Entgegenkommen

unterstellt werden kann, darf dagegen nicht erwartet werden, dass für den Fall einer konkreten Anpassung von Vollzugsmaßnahmen alle zu berücksichtigenden Zusammenhänge den Behörden bekannt sein können.

Aus diesem Grund müssen rechtsförmige Verfahren den notwendigen Informationsfluss sicherstellen. Auch dies stellt noch keine besonderen Anforderungen an die Verfahren. Anders verhält es sich jedoch, wenn die Rechte epistemischer Souveränität so verstanden werden sollen, dass sie konkrete Ansprüche von Rechtspersonen gegenüber den Behörden begründen. Solche Ansprüche können, wie ich erläutern werde, nicht geltend gemacht werden.

Die Legitimitätskriterien knüpfen die Entscheidungs- und Aushandlungsprozesse insofern an Bedingungen, als sie festlegen, im Hinblick auf welches Schutzgut und gestützt auf welche Art von Begründungen Vollzugsmaßnahmen angepasst werden sollen. Schutzgut ist das Niveau der Rechte in der Rechtswirklichkeit, das nicht durch Vollzugsanpassungen gesenkt werden soll. Dieses Schutzgut wird mit dem dritten Kriterium für legitime Qualifikationen angesprochen. Das heißt, der vielschichtige Praxiszusammenhang muss nicht in seiner ganzen Komplexität geschildert werden, damit die Vollzugspraxis beanstandet werden kann. Es genügt, geltend machen zu können, dass durch eine revidierte Praxis bisherige Rechte nicht mehr zur Disposition stehen. Wichtig ist hierbei, dass diese Frage bezüglich einer tatsächlich vollzogenen Rechtspraxis und nicht im Hinblick auf ein abstraktes Normensystem beantwortet wird. Zu beurteilen ist die Kohärenz der Rechtswirklichkeit und nicht die logische Konsistenz der Normen. Bei der Begründung soll vermieden werden, dass persönliche Interessen in die Ausgestaltung des Rechts einfließen, wie dies bei der Setzung der Rechtsnormen in der Gesetzgebung der Fall ist. Vielmehr wird eine stoßende Missachtung angezeigt: Der Anlass, der beanstandet und als mögliche Ursache von Missachtung aufgefasst wird, ist nicht nur für die direkt Betroffenen stoßend, sondern für alle, die an der fairen Kooperation in einer bestimmten Rechtsgemeinschaft beteiligt sind. Die Begründung beruft sich auf die geteilte Rechtsauffassung, die durch die drei Legitimitätskriterien explizit gemacht wird, und auf die geteilten Überzeugungen, die für die spezifischen Rechtsanwendungen von Belang sind, und stärkt so das Recht als Institution.

Rechtsträger sind daher alle, da der Anspruch ja nur darin besteht, das angemessene Rechtsverständnis aufgrund geteilter Überzeugungen auch für andere zu artikulieren. Deshalb steht dieses Recht zur Problematisierung der Rechtsanwendung allen offen und findet unter Umständen ihren Ausdruck in sozialen Bewegungen oder Organisationen der Zivilgesellschaft, die auf die Missstände aufmerksam ma-



chen. Die überindividuelle Geltung der Kritik erwächst dann aus einem institutionell breit abgestützten Rechtsverständnis. Das Gerechtigkeitsempfinden drückt sich über diese öffentlichen Kommunikationen aus. In diesem Sinn ist Habermas beizupflichten, wenn er auf die kommunikative Macht setzt, die namentlich von den Organisationen der Zivilgesellschaft beansprucht wird.<sup>590</sup> Das Recht zur Kritik sollte insofern niemandem versagt bleiben, weil damit das institutionelle Rechtsverständnis wach gehalten wird, zu dem alle gleichermaßen beitragen.

Gleichwohl greift unter Umständen diese Besinnung auf das institutionelle Verständnis zu kurz, um von den Verwaltungen aufgegriffen zu werden. Zudem ist auch nicht jede öffentliche Artikulation von angeblichen Missständen in den Verwaltungen schon zutreffend. Deshalb bedarf es rechtsförmiger Verfahren, mit denen verbindlich entschieden werden kann, welche der möglicherweise divergierenden Deutungen der richtigen Rechtsauffassung nun maßgeblich sein soll. Zum einen soll damit gewährleistet werden, dass Kritik an den Vollzugsmaßnahmen nicht nur peripher bleibt, sondern von den Behörden in die Entscheidungsprozesse berücksichtigt wird. Zum anderen sollen aber auch die Verwaltungen selbst mit rechtsförmigen Verfahren vor ungebührlicher Kritik geschützt werden. Mit anderen Worten: Rechtsförmige Verfahren sollen erlauben, die Kette der Begründungen zwischen Verwaltungen und Öffentlichkeit wieder zu schließen.

Für die rechtsförmigen Verfahren sind das Gefüge der Handlungsordnungen und nicht die Interessen Einzelner und deren konkrete Ansprüche entscheidend. Konkrete Entscheidungen können nicht angefochten werden, sondern Einspruch wird gegen die Schlussregeln des Vollzugs erhoben, die eine Logik unterstellen, die die Realität der tatsächlich bestehenden Handlungsordnungen nur unzureichend widerspiegelt. Anfechtungsobjekt sind also die Schlussregeln, die insofern beanstandet werden, als sie das Niveau der Rechte senken. Bei der obigen Erläuterung, wie das Niveau der Rechte zu bestimmen sei, habe ich drei Formen unterschieden, nach denen dieses Niveau gesenkt wird: Die Entscheidungskompetenz kann bei den einzelnen Personen verbleiben, ohne dass sich aber die Qualifikationen von Personen und Dingen, die die Wahloptionen gestalten, mit den Erwartungen der Akteure in ihren Handlungsordnungen decken. Die Entscheidungskompetenz kann an die Behörden übergehen, wobei deren Entscheidungen auf Qualifikationen beruhen, die für die Akteure relevant sind. Schließlich kann die Entscheidungskompetenz bei den

<sup>590</sup>

Zur Rolle der Organisationen der Zivilgesellschaft siehe Habermas (1992: 435-467).

Behörden liegen, wobei diese gegenüber den Anliegen der Akteure gleichgültig bleiben.

Die Legitimitätskriterien schreiben folglich vor, wie die Beweisführung in einem rechtsförmigen Verfahren zu erfolgen hat: Die erforderlichen Argumentationen sollen aufzeigen, dass die Darstellung des Zusammenhangs der Handlungsordnungen, von denen die Behörden ausgehen, unzulässig ist, da auf diese Weise Handlungsoptionen, die noch durch die Rechtswirklichkeit geschützt werden, nicht mehr zugänglich wären. Die Kritik richtet sich gegen die epistemischen Überzeugungen, die die Schlussregeln und Qualifikationen der Behörden tragen. Diese Überzeugungen sollen nicht als sekundäre Naturwüchsigkeiten rationalisiert werden, indem sie auf primäre Naturen und normative Entscheidungen zurückgeführt werden, sondern sie sollen als Naturalisierungen und Qualifikationen der Behörden mit alternativen Konzeptionen konfrontiert werden. Diese epistemischen Überzeugungen müssen dementsprechend von Interessen unterschieden werden: Die Begründung bezieht sich nicht auf persönliche Ansprüche, sondern beruht auf dem allgemeinen Verständnis der Rechtsgemeinschaft als fairer Kooperationsgemeinschaft. Das bedeutet, dass die persönlichen Verhältnisse der klagenden Person unerheblich sind. Wenn die konkrete Person, die die Kritik vorbringt, allenfalls einen persönlichen Vorteil erzielt, dann ist dies rechtstheoretisch unerheblich und betrifft nur die Motivation zur Kritik und nicht die eigentliche Begründung.

Für die Beweisführung in den rechtsförmigen Verfahren ist ein zweiter Aspekt zu beachten, der für die Darstellung des Zusammenhangs der Handlungsordnungen wichtig ist. Ich habe dargelegt, dass Qualifikationen im Recht keine Entdeckungen einer bereits gegebenen Realität sind. Vielmehr werden verbindliche Typologien dadurch begründet, dass stabile Kompromisse erzeugt werden. Tatsächlich gibt es nicht eine einzige korrekte Darstellung, sondern es liegt ein Pluralismus der Ordnungen und deren Darstellungen vor. Dessen ungeachtet formuliert das Recht kraft der Typologien eine verbindliche Darstellung. Diese muss den Legitimationskriterien genügen, sie muss aber keineswegs theoretische Anforderungen einer wissenschaftlich korrekten Darstellung erfüllen.

Abweichende Expertisen und Auseinandersetzungen zwischen Sachverständigen führen somit nicht zum Ziel. Es geht nicht darum, auf die eigene Darstellung zu pochen, auch wenn diese aufgrund geteilter Überzeugungen korrekt sein mag. Im Sinn des dritten Kriteriums ist nicht die Darstellung ausschlaggebend, sondern entscheidend ist das Niveau der Rechte. Angesichts des Pluralismus der Ordnungen

wäre es verfehlt, einen epistemischen Kampf um die richtige Darstellung zu führen. Ziel sind eine verbindliche Darstellung und für alle rational akzeptable Schlussregeln. Die Suche nach der einzig wahren Darstellung führt hierbei bloß in die Irre. Das dritte Kriterium macht zudem deutlich, dass eine Handlungsordnung nur dann ungebührlich vernachlässigt wird, wenn sie von den Gesetzen, deren Vollzug angepasst werden soll, bereits geschützt werden. Andernfalls würden in das Recht persönliche Interessen und Wertvorstellungen eingebracht, was dem zweiten Kriterium widerspricht. Solche Rechtsansprüche können nur über den Weg der Gesetzgebung in Kraft gesetzt werden. Unbestritten werden auch bei diesen Auseinandersetzungen um epistemische Souveränität Interpretationsspielräume für Interessensvertretung und Allianzenbildung genutzt. Nichtsdestotrotz zeigt der Blick auf die rechtstheoretischen Voraussetzungen, dass viele wissenschaftlich geführten Kontroversen um neue Technologien an der eigentlichen Frage vorbeidenken; denn es geht nicht bloß um die wissenschaftlich korrekte und verlässliche Darstellung, da nicht nur die wissenschaftlich objektiven Gegebenheiten von Bedeutung sind, sondern alle epistemischen Überzeugungen gleichermaßen. Ob sie nun theoretisch, d.h. wissenschaftlich gerechtfertigt sind oder nicht, ist für das Recht unerheblich. Eine solche Forderung läuft hingegen Gefahr, das erste Kriterium legitimer Qualifikationen zu verletzen, weil auf diese Weise alternative Qualifikationen ausgeblendet werden.

Folgende Voraussetzungen für rechtsförmige Verfahren zeichnen sich ab: Jede Person ist gleichermaßen berechtigt, gegen die Anpassung des Vollzugs einzuschreiten, wenn gestützt auf allgemein geteilte epistemische Überzeugungen geltend gemacht werden kann, dass der Vollzug auf einer unvollständigen Darstellung der gesellschaftlichen Wirklichkeit beruht und Zusammenhänge ausblendet, so dass bisher selbstverständliche Rechte nicht mehr gewährleistet oder rechtlich verbindliche Erwartungen nicht mehr berücksichtigt werden. Inwieweit die vorgebrachte Kritik tatsächlich auf allgemein geteilten epistemischen Überzeugungen beruht, muss im Rahmen des Verfahrens beurteilt werden können und ist immer auch eine Ermessenssache. Die Legitimitätskriterien geben an, im Hinblick worauf eine revidierte Vollzugspraxis zu prüfen ist. Die Verfahren können verhältnismäßig offen gestaltet werden, da hinter dem Anspruch eine Lebensform und nicht eine Prozesspartei steht. Die Beweisverfahren greifen nicht wie in Gerichtsverfahren einzelne Tatbestände auf, mit denen ein konkretes Ereignis beurteilt werden soll, sondern in Frage steht die Plausibilität von Vollzugsverfahren selbst, die vor dem Hintergrund geteilter Überzeugungen, die in alltäglichen Handlungsordnungen zum Ausdruck kom-

men, untersucht werden sollen. Bei allen Verfahren und Rechtsmitteln sollte die Frage im Vordergrund stehen, ob damit die Kette der Begründungen zwischen Verwaltungen und Öffentlichkeit wieder geschlossen werden kann. Die Rechtsmittel sollten die Verwaltung unter einen Rechtfertigungszwang stellen, der nicht allgemein und umfassend ist, sondern eine Begründung im Sinn der Legitimationskriterien verlangt.

Abschließend möchte ich mich konkreten Rechtsmitteln und Verfahren zuwenden, die unterschiedlich geeignet sein könnten, die Ansprüche epistemischer Souveränität zu gewährleisten. Zunächst sind hier die Vorschläge von Habermas zu nennen, mit denen die „Kommunikationsströme und publizistischen Einflüsse, die aus Zivilgesellschaft und politischer Öffentlichkeit hervorgehen“<sup>591</sup> gestärkt werden sollen. Allerdings empfiehlt er einzig, dass diese Anregungen „über demokratische Verfahren in kommunikative Macht umgesetzt werden“<sup>592</sup>. Dies ist unzureichend, weil damit die Rechtstheorie unvollständig bleibt und die Ansprüche epistemischer Souveränität in der Gesetzgebung zu verwirklichen sucht.

Das Öffentlichkeitsprinzip verlangt von den Verwaltungen, über ihre Entscheidungen und deren Grundlagen offen zu informieren.<sup>593</sup> Doch das Recht auf Information ist nur eine notwendige und keine hinreichende Bedingung für die Entfaltung epistemischer Souveränität. Zwar ist eine transparente Verwaltung, die das Öffentlichkeitsprinzip verwirklicht, im Allgemeinen zu begrüßen, doch dieses Prinzip ist von den Rechten epistemischer Souveränität zu unterscheiden. In allgemeiner Form gewährt die Petitionsfreiheit entsprechende Rechte, die durch Ombudsleute, die auf Missstände aufmerksam gemacht werden können und selbst zu den Behörden Verbindung halten, verstärkt und kanalisiert werden können. Das Petitionsrecht gestattet allen natürlichen Personen, mit Anregungen oder Beschwerden an eine Behörde zu gelangen. Die Eingabe muss von den Behörden zumindest zur Kenntnis genommen werden, und je nach Rechtsordnung wird zusätzlich eine Reaktion der Behörden verlangt; jedoch begründet die Petition keine persönlichen Ansprüche.<sup>594</sup> Formelle oder auch informelle Vernehmlassungsverfahren, wie sie beispielsweise bei der Revision der Kennzeichnungspflicht für gentechnisch veränderte Lebensmittel mit Lebensmittelproduzenten, Umweltverbänden, Organisationen für den Konsumen-

---

<sup>591</sup> Habermas (1992: 532f.).

<sup>592</sup> Habermas (1992: 533).

<sup>593</sup> Zum Öffentlichkeitsprinzip im Allgemeinen und besonders zur Beteiligung der Öffentlichkeit an Bewilligungsverfahren zur gentechnologischen Anwendungen im außer-humanen Bereich vgl. Thurnherr (2002).

<sup>594</sup> Zur Petitionsfreiheit siehe Häfelin & Haller (1993: 504-507).

tenschutz und Großverteilern durchgeführt wurden, sind ein weiteres Mittel, legitime Qualifikationen in Typologien zu gewährleisten. Desgleichen können repräsentative Personen in ständigen Konsultativgremien oder auch in zu diesem Zweck zusammengestellten Foren in der Art partizipativer Technikfolgenabschätzung oder Fokusgruppen einsitzen.<sup>595</sup> All diese Verfahren fördern den Informationsaustausch, der eine notwendige Bedingung dafür ist, dass die Verwaltungen bei einer konkreten Anpassung von Vollzugsmaßnahmen die zu berücksichtigenden Handlungsordnungen auch tatsächlich bedenken.

Derlei Verfahren unterstellen das Entgegenkommen der Verwaltungen und setzen voraus, dass diese die Legitimitätskriterien auch tatsächlich auf ihre eigenen Entscheidungen anwenden. Gleichwohl blieben diese rechtstheoretischen Ausführungen unvollständig, wenn ein solches Entgegenkommen schlicht erwartet würde, ohne anzugeben, welche Art von Rechtsmitteln andernfalls ergriffen werden könnte. Üblicherweise wird ein Gericht angerufen, wenn Behörden rechtlich verbindliche Erwartungen nicht erfüllen. Zu klären ist daher, inwiefern Ansprüche epistemischer Souveränität vor Gerichten eingeklagt werden können. Das Anfechtungsobjekt ist zunächst kein konkreter Entscheid, sondern angefochten werden die Vollzugsverfahren selbst, die üblicherweise in Verordnungen und Richtlinien festgehalten werden. Deshalb sind Beschwerden vor Verwaltungsgerichten, bei denen ein konkreter Entscheid von einer betroffenen Partei angefochten wird, hier nicht anwendbar. Ebenso wenig sind Beschwerden, wie die staatsrechtliche Beschwerde im Bundesrecht der Schweiz,<sup>596</sup> nicht anwendbar, die eine besondere Betroffenheit der klagenden Personen verlangen.<sup>597</sup> Alle Gerichtsverfahren, bei denen eine Person gegen eine Behörde klagt, weil sie durch deren Entscheid ungebührlich betroffen werde, beruhen entweder auf dem Schutz der persönlichen Freiheitsrechte oder auf der Gewährleistung der Rechtsgleichheit. Solche Klagen nehmen nicht die Grundrechte epistemischer Souveränität in Anspruch.

Stoßend an einer Änderung von Vollzugsverfahren durch die Behörden sind nicht die unmittelbaren Folgen eines konkreten Entscheids, sondern dass die Ordnung der

---

<sup>595</sup> Siehe zur Rolle von Repräsentanten aus Nichtregierungsorganisationen in solchen Gremien Jasanoff (1997); zu r Entwicklung und Umsetzung partizipativer Technikfolgenabschätzung siehe etwa Joss (1999) und Joss Brownlea (1999); Rowe & Frewer (2000) analysieren verschiedene Formen öffentlicher Partizipation.

<sup>596</sup> Zur staatsrechtlichen Beschwerde siehe Häfelin & Haller (1993: 521-551).

<sup>597</sup> Im September 1997 wies das Bundesgericht in seiner Entscheidung (BGE 123 II 376) die Klage von Nationalrätin Ruth Gonseth und anderen Klagenden gegen die Marktzulassung von gentechnisch verändertem Soja ab, da diese von diesem Entscheid der Behörden nicht stärker betroffen wurden als die Allgemeinheit.

Rechtswirklichkeit in illegitimerweise verfälscht wird. Aus diesem Grund ist die Betroffenheit der klagenden Personen unerheblich. In Frage gestellt wird, ob die Behörden legitim entschieden haben, als sie neue Verfahren bestimmten. Analog kann im Rahmen von Gerichtsverfahren gefragt werden, ob eine Verordnung überhaupt verfassungsmäßig sei. Diese akzessorische Prüfung von Verordnungen kann nach schweizerischem Bundesrecht von Gerichten auf allen Stufen erfolgen und ist nicht allein dem Bundesgericht als oberstes Gericht vorbehalten.<sup>598</sup> Allerdings wird hierbei die Verfassungsmäßigkeit in einem engen Sinn geprüft, und nur danach gefragt, ob die Behörde von Rechts wegen die Kompetenz besitzt, die zu prüfende Verordnung zu erlassen und ob sie nicht materiell höherstufigem Recht widerspricht. Das heißt, dass die Legalität der Verordnung hinsichtlich der logischen Konsistenz des Systems der Rechtsnormen geprüft wird, jedoch wird dabei nicht die Legitimität mit Blick auf die Kohärenz der Rechtswirklichkeit unter Berücksichtigung der Legitimitätskriterien erwogen. Problematisch an der akzessorischen Prüfung ist die Voraussetzung, dass es überhaupt zu einem Gerichtsverfahren kommen muss: Wenn aber die Vollzugsform von Regulationsmaßnahmen durch die Verwaltung geändert wird, dann hat der regelmäßige Vollzug bereits Folgen für die Rechtswirklichkeit, ohne dass ein konkreter Entscheid vorliegt, der vor Gericht angefochten werden könnte. Insofern sollten derartige Verordnungen einer abstrakten Normenkontrolle durch die Gerichte unterworfen werden können. Für die abstrakte Normenkontrolle kann die Verfassungsmäßigkeit der Verordnung direkt vor dem zuständigen Gericht, das gewöhnlich ein Verfassungsgericht und entsprechend ein oberstes Gericht ist, eingeklagt werden. Doch auch hier gilt, dass herkömmlicherweise nur die Legalität und nicht die Legitimität geprüft wird.

Individuelle Ansprüche werden durch epistemische Souveränität nicht geschützt. Deshalb verfehlt der Vorschlag, die Verbandsbeschwerde zu stärken, deren Zielsetzung. Da zunächst alle dazu berechtigt sind, ihre Kritik einzubringen, bedürfen Verbände und Organisationen keiner zusätzlichen Legitimation. Darüber hinaus erscheint mir die Verbandsbeschwerde im eigentlichen Sinn unpassend, da der Verband im Namen seiner Mitglieder nicht aber der Allgemeinheit klagt.<sup>599</sup> Derlei individuelle Ansprüche sollten entweder in konkreten Rechtsstreitigkeiten mit den Verwaltungen vor Verwaltungsgerichten ausgehandelt werden, oder sie können über

---

<sup>598</sup> Zum akzessorischen Prüfungsrecht der Gerichte im schweizerischen Recht siehe Häfelin & Haller (1993: 562-570).

<sup>599</sup> Vgl. die kumulativen Voraussetzungen für die Verbandsbeschwerde in Häfelin & Haller (1993: 544).

die Gesetzgebung in das Recht einfließen. Die Rechte epistemischer Souveränität sind hierfür der falsche Weg. Freilich können Verbände und Organisationen der Zivilgesellschaft die rechtsförmigen Verfahren verwenden, die zur Verfügung stehen, um epistemische Souveränität sicherzustellen. Aber dann nehmen sie die entsprechenden Rechte nicht im Sinn der Verbandsbeschwerde wahr, sondern nutzen Rechtsmittel die allen gleichermaßen, sowohl natürlichen als auch juristischen Personen zur Verfügung stehen.

Epistemische Souveränität soll gerade nicht partikularen Interessen Tür und Tor öffnen, damit diese einen direkten Einfluss auf den Vollzug gewinnen, wodurch die Rechtssicherheit massiv gefährdet würde. Im Gegenteil unterstützt sie die Grundlagen der Rechtssicherheit. Diese muss zwei verschiedene Anforderungen erfüllen:<sup>600</sup> Zum einen muss die Orientierungssicherheit gewährleistet sein. Es muss klar sein, welches Verhalten im Allgemeinen erwartet werden darf. Dazu müssen übereinstimmende Qualifikationen und Typologien rechtserheblicher Sachverhalte vorausgesetzt werden. Zum anderen muss die Gewissheit gegeben sein, dass das Recht auch tatsächlich vollzogen und durchgesetzt wird, so dass insbesondere Rechtsbruch sanktioniert wird. Beides setzt voraus, dass der Vollzug von einer Darstellung der zu berücksichtigenden Handlungsordnungen ausgeht, die den tatsächlichen Gegebenheiten und Überzeugungen entspricht. Genau diese Entsprechung soll durch epistemische Souveränität sichergestellt werden. Deshalb widersprechen die dazugehörigen Rechte gerade nicht der Rechtssicherheit.

Aufgrund der Rechtssicherheit ergibt sich indes, dass die epistemische der demokratischen Souveränität untergeordnet wird. Das leuchtet nur schon aufgrund des dritten Kriteriums ein, das auf bereits bestehende Rechte Bezug nimmt. Deshalb ist diese Kategorie der Grundrechte auch relativ begründet. Gleichwohl wäre es denkbar, dass Kritik und Anregungen zum Vollzug nicht allein unter Bezugnahme auf konkrete Anpassungen erfolgen müssen, sondern auch schlicht die gängige Praxis problematisieren. Da die Rechte epistemischer Souveränität im Rahmen der Petitionsfreiheit wahrgenommen werden können, die als Grundrecht weitgehend geschützt ist, spricht vieles dafür, dass die Rechte epistemischer Souveränität ohne Einschränkung gewährt werden. Allerdings schließt die Petitionsfreiheit in der Praxis die vorgebrachten Legitimationskriterien nicht selbstredend ein, da Beanstandungen gemeinhin hinsichtlich der Legalität, d.h. bezüglich der

<sup>600</sup>

Zippelius (1989: 161-163).

rechtslogischen Konsistenz der Entscheide und betreffend der Kompetenzordnung, beurteilt werden.

### *3.1.2 Alternative Kriterien für die Gestaltung der Rechtswirklichkeit*

Die drei Legitimitätskriterien geben an, nach welchen normativen Maßstäben die Gestaltung der Rechtswirklichkeit im Vollzug zu beurteilen ist. Jedoch liegen auch alternative Kriterien vor, nach denen die Rechtswirklichkeit als Rechts- oder Gesellschaftsordnung beurteilt werden kann.

John Rawls' Differenzprinzip weist insbesondere Ähnlichkeiten mit meinem dritten Kriterium auf.<sup>601</sup> Rawls' Prinzip setzt im Unterschied zu den Legitimitätskriterien auf der Ebene der Grundstruktur einer wohlgeordneten Gesellschaft an, und es misst die Entfaltungsmöglichkeiten für die Grundrechte und nicht die Folgen einer bestimmten Vollzugsmaßnahme auf das Niveau der Rechte. Peter Weingarts funktionalistische Deutung der epistemischen Autorität des Wissenschaftssystems, die ich anschließend bespreche, legt wiederum nahe, die Kompetenzen epistemischer Souveränität in die Hände der Sachverständigen zu legen. Meines Erachtens kann jedoch eine wissenschaftlich erhärtete Ordnung die rechtstheoretischen Herausforderungen mit Typologien rechtserheblicher Sachverhalte nicht lösen. Schließlich möchte ich erläutern, inwiefern die Rede von der Demokratisierung der Expertise eine unglückliche Verkettung von Konzepten ist, welche das wahre rechtstheoretische Problem verschleiert. Denn wissenschaftliche Rationalität garantiert noch keine legitimen Qualifikationen in den Typologien des Vollzugs. Prekär ist zudem der epistemische Paternalismus, der gleichermaßen von Behörden wie von Nichtregierungsorganisationen ausgehen kann und auch durch die Ratschläge von Habermas, die Organisationen der Zivilgesellschaft zu stärken, nicht erfasst wird.

Diese alternativen Kriterien für die Gestaltung der Rechtswirklichkeit setzen auf der Ebene der Gesellschaftsordnung im Allgemeinen an. Sowohl Rawls' Grundstruktur einer wohlgeordneten Gesellschaft wie auch Weingarts funktionale Differenzierung von Politik und Wissenschaft versuchen, Kriterien auf der Ebene der Verfassung einer Gemeinschaft anzugeben, und setzen nicht auf der Ebene des konkreten Vollzugs an. Der Leitgedanke dieser Konzeptionen ist, die ideale, wohlgeordnete Grundstruktur der Gesellschaft durch die Theorie zu begründen und deren maßgebliche



Handlungszusammenhänge auszuzeichnen. Dies hat zur Folge, dass insbesondere der Umgang mit Technologien von den theoretischen Darstellungen derselben ausgeht. Verloren geht dabei der unmittelbare Bezug zu Dingen in Automatismen, die sich in Handlungsordnungen entfalten und für die stabile Kooperation ebenso unentbehrlich wie die Kommunikationen über die Dinge sind. Rechtstheoretisch vernachlässigen diese Alternativen die unterschiedlichen Anforderungen zwischen Gesetzgebung und Vollzug und die Chance, die sich eröffnet, in der Rechtsanwendung die Automatismen und vorsprachlichen Selbstverständlichkeiten von Handlungsordnungen im Einzelnen zur Sprache zu bringen.

### 3.1.2.1 Niveau der Rechte – nicht Differenzprinzip

Das dritte Kriterium legitimer Qualifikationen bestimmt den Maßstab für die gerechte Ausgestaltung der Rechtswirklichkeit: Das Niveau der Rechte darf nicht gesenkt werden. Nun sind auch andere Maßstäbe denkbar, nach denen bemessen werden soll, ob die „Lebensbedingungen [...] in dem Maße sozial, technisch und ökologisch gesichert sind, wie dies für die chancengleiche Nutzung der bürgerlichen [...] Rechte unter gegebenen Verhältnissen notwendig ist.“<sup>602</sup> Offenkundig soll mit den Rechten, die Habermas mit seiner fünften Kategorie der Grundrechte postuliert, die Position der einzelnen Bevölkerungsmitglieder so gesichert werden, dass sie nicht durch äußere Umstände daran gehindert werden, die ihnen zugestandenen Rechte auch tatsächlich in Anspruch nehmen zu können. Wie gesehen, deutet auch Habermas selbst diese Kategorie in dieser Weise, wenn die „öffentliche Autonomie der Staatsbürger“<sup>603</sup> soweit als möglich gestärkt werden soll.

John Rawls entwickelt in seinen Arbeiten zur Theorie politischer Legitimität und Gerechtigkeit eine liberale Grundstruktur der Gesellschaft, die detailliertere Kriterien für die Ausgestaltung der Rechtswirklichkeit angibt. Zwar handelt es sich dabei nicht im engeren Sinn um eine Rechtstheorie, doch die Grundstruktur legt die Kooperationsbedingungen einer liberalen Gesellschaft im Sinn einer verbindlichen Rechtsordnung fest, die Grundrechte und Grundsätze formuliert. Die Grundstruktur wird „von einer Konzeption ([...]) reguliert, die zu einer Familie von vernünftigen liberalen Gerechtigkeitskonzeptionen gehört, die die vernünftigste Konzeption ein-

---

<sup>601</sup> Siehe zum Differenzprinzip bzw. Unterschiedsprinzip insbesondere Rawls (1975: 95-104).

<sup>602</sup> Habermas (1992: 156f.).

<sup>603</sup> Habermas (1992: 500).

schließt.“<sup>604</sup> Rawls versucht keine Letztbegründung seiner Konzeption, sondern versucht die Kernidee liberaler Gerechtigkeitskonzeption herauszuarbeiten, indem er seine Konzeption ausgehend vom institutionellen Verständnis entwickelt, das nach seiner Ansicht in modernen liberalen Gesellschaften geteilt wird.<sup>605</sup> Die geltenden Überzeugungen werden hierbei gegeneinander abgewogen und im Streben danach in ein „Überlegungsgleichgewicht“ gebracht, eine Konzeption der „Gerechtigkeit als Fairness“ zu entwerfen, für die die „Idee der Gesellschaft als eines fairen Systems sozialer Kooperation zwischen fairen und gleichen Personen“ grundlegend ist, wobei diese Personen lebenslang miteinander kooperieren.<sup>606</sup> Diese Personen bringen unterschiedliche Überzeugungen ein. Daher sieht sich eine Konzeption der Gerechtigkeit mit dem „Faktum des Pluralismus“ konfrontiert, aus dem diejenigen Überzeugungen ausgeschieden werden sollen, die einen „vernünftigen Pluralismus“ erlauben.<sup>607</sup> Nach Ansicht von Rawls wird die Kernidee liberaler Gerechtigkeit durch vielfältige vernünftige Auffassungen angereichert. Diese sollen nicht in eine einzige, umfassende Theorie übertragen werden, sondern die Konzeption liberaler Gerechtigkeit, die Rawls vorschlägt, soll sich auf die Grundstruktur beschränken und mit allen anderen vernünftigen Auffassungen kompatibel sein.

Die Grundstruktur lässt sich anhand zweier Gerechtigkeitsgrundsätze und deren Ordnung zueinander auf den Punkt bringen. Der erste Grundsatz schützt die Freiheitsrechte und die politischen Teilhaberechte, während der zweite eine Position in der Gesellschaft gewährleistet soll, die ermöglicht, an der gesellschaftlichen Kooperation überhaupt teilzunehmen; und der erste Grundsatz hat Vorrang vor dem zweiten.<sup>608</sup> Dieser zweite Grundsatz nennt mit dem Teilnahmegrundsatz sowie dem Differenz- oder Unterschiedsprinzip Kriterien, wann eine Gesellschafts- und Rechtsordnung als legitim gelten kann. Diese weichen von den Legitimitätskriterien ab, die ich vorgeschlagen habe. Jedoch wird sich zeigen, dass Rawls' Konzeption starke Annahmen bezüglich der maßgeblichen Bedürfnisse einführt, die die Mitglieder der Gesellschaft angeblich haben, auf die meine Konzeption verzichtet. Rawls setzt auf

---

<sup>604</sup> Rawls (1998: 47).

<sup>605</sup> Rawls (1992) stellt klar, dass der Ausgangspunkt seiner Theorie das institutionelle, politische Selbstverständnis ist, das als übergreifender Konsens der Grundstruktur des liberalen Rechtsstaates gegeben sei.

<sup>606</sup> Siehe dazu die ausführliche Erläuterung in Rawls (1998: 72-74). Einen Eindruck der breiten Diskussion zu Rawls' Idee des politischen Liberalismus vermittelt der Sammelband von Hinsch (1997).

<sup>607</sup> Vgl. Rawls (1998: 106f.).

<sup>608</sup> Rawls (1975: 336f.) sowie (1998: 69-71) fassen die Grundsätze und Vorrangsregeln zusammen.

der Ebene der Grundstruktur als Verfassungsebene an und kann daher die Verordnungs-ebene kaum fassen, die für die Ausgestaltung der Rechtswirklichkeit durch die Behörden entscheidend ist. Aus demselben Grund bekundet sein Ansatz auch Schwierigkeiten mit dem ständigen Wandel von Handlungsordnungen und den damit verbundenen Lernprozessen. Und schließlich schweigt sich Rawls bezüglich der rechtsförmigen Verfahren aus, sondern setzt darauf, dass die Klärung der geteilten liberalen Annahmen hinreichend für eine stabile Gesellschaftsordnung sei.

Der erste Gerechtigkeitsgrundsatz, den Rawls in seiner Konzeption der liberalen Grundstruktur entwickelt, lautet:

Jede Person hat den gleichen Anspruch auf ein völlig adäquates System gleicher Grundrechte und Freiheiten, das mit demselben System für alle vereinbar ist, und innerhalb dieses Systems wird der faire Wert der gleichen politischen (und nur der politischen) Freiheiten garantiert.<sup>609</sup>

Hinsichtlich der Freiheitsrechte besteht erstens der gleiche Anspruch auf dasselbe System von Grundrechten und Freiheiten. Dieses ist dann angemessen, wenn es den Erwartungen aller an ein solches System gerecht wird. Mit anderen Worten soll das System das Resultat eines Überlegungsgleichgewichts sein, bei dem die Vorstellungen hinsichtlich der Grundrechte und Freiheiten gegeneinander abgewogen werden. Zweitens besteht bei den politischen Freiheiten, die die Teilhabe an der verbindlichen Gestaltung der Rechtsordnung sicherstellen, nicht bloß ein Anspruch, der je individuell verschieden wahrgenommen werden mag, sondern Rawls verlangt, dass diese Freiheit für alle in gleicher Form gewährleistet wird. Das heißt, für alle muss das allgemeine und gleiche Wahlrecht gelten.

Dieser erste Grundsatz fasst gewissermaßen die Grundrechte zusammen, die Habermas als die vier Kategorien absoluter Grundrechte differenziert.<sup>610</sup> Eine wesentliche Differenz besteht darin, dass Rawls aus dem Überlegungsgleichgewicht diese Freiheiten und Grundrechte inhaltlich weiter entwickelt, als dies Habermas bereit ist, der die konkrete Ausgestaltung der Rechte der Rechtsgemeinschaft überlässt.<sup>611</sup>

Der zweite Grundsatz nennt die Kriterien, nach denen soziale und ökonomische Ungleichheiten bemessen werden sollen:

Soziale und ökonomische Ungleichheiten müssen zwei Bedingungen erfüllen: *erstens* müssen sie mit Ämtern und Positionen verbunden sein, die allen unter der Bedingung

<sup>609</sup> Rawls (1998: 69). Vgl. auch die Formulierung in Rawls (1975: 336).

<sup>610</sup> Siehe die Ausführungen zu den Grundrechten in Habermas (1992: 155-165).

<sup>611</sup> Dazu die Erörterung der faktischen Voraussetzungen für die chancengleiche Wahrnehmung der Freiheitsrechte in Habermas (1992: 499-504); siehe auch die Auseinandersetzung zwischen Habermas (1996) und Rawls (1997).

fairer Chancengleichheit offenstehen, und zweitens müssen sie sich zum größtmöglichen Vorteil für die am wenigsten begünstigten Gesellschaftsmitglieder auswirken.<sup>612</sup>

Nach diesem zweiten Gerechtigkeitsgrundsatz sollen soziale und ökonomische Ungleichheiten nach zwei Hinsichten beurteilt werden: Erstens ist der Zugang zu öffentlichen Positionen ausschlaggebend, und zweitens sind die Handlungsspielräume und Ressourcenverteilungen in einer Gesellschaftsordnung nur im Hinblick auf die Personen zu beurteilen, die am schlechtesten gestellt sind, und nicht beispielsweise betreffend des Gesamtnutzens für alle. Wann die Chancen öffentliche Positionen einzunehmen fair sind, muss ebenso wie der Maßstab, mit dem die Handlungsspielräume und Ressourcenverteilungen zu beurteilen sind, durch weitere, normative Kriterien angegeben werden.

Dieser zweite Grundsatz erinnert an Habermas' fünfte Kategorie der Grundrechte. Die Rede von fairer Chancengleichheit ist nicht absolut, sondern erweist sich als gleichermaßen relativ wie die Teilhaberechte, die durch die fünfte Kategorie gewährleistet werden sollen.<sup>613</sup> Der Zugang zu den Ämtern betrifft nicht die rechtlichen Ansprüche im Sinn des Bürgerstatus (der von Rawls mittels des ersten Grundsatzes geschützt wird), sondern die rechtsförmige Ausgestaltung von Behörden und deren Auswahlprozedere ist Gegenstand des zweiten Grundsatzes. Vergleichbar ist auch für Habermas der Bürgerstatus nur dahingehend absolut, als die einseitige Aberkennung von Staatsangehörigkeitsrechten in keinem Fall zulässig ist.<sup>614</sup> Die weiteren rechtsförmigen Verfahren und die Gestaltung des Zugangs zu Ämtern sind hingegen ebenfalls nicht absolut festgelegt.

Wie in der fünften Kategorie der Grundrechte bei Habermas geht es Rawls darum, Lebensbedingungen zu gewährleisten, die die Teilhabe an der gesellschaftlichen Kooperation sicherstellen. Allerdings darf dabei nicht in unzulässiger Weise in die Rechte eingegriffen werden, die durch die übrigen Grundrechte geschützt sind. Die Freiheiten und Grundrechte, die im ersten Gerechtigkeitsgrundsatz genannt werden, haben gegenüber Forderungen Vorrang, die effizientere Aufgabenverteilungen stark machen, indem Zugangsmöglichkeiten eingeschränkt werden, oder die Umverteilungen zum Wohl der am wenigsten Begünstigten vorsehen.<sup>615</sup> Die Eingriffe, die Anforderungen des zweiten Gerechtigkeitsgrundsatzes vollziehen, erfolgen in zwei Hinsichten: bezüglich der Chancengleichheit, Ämter und Positionen einzunehmen

---

<sup>612</sup> Rawls (1998: 69f.). Vgl. auch Rawls (1975: 336).

<sup>613</sup> Siehe dessen Formulierung in Habermas (1992: 156f.).

<sup>614</sup> Dazu Habermas (1992: 158).

<sup>615</sup> In diesem Sinn Rawls (1998: 70f.) oder (1975: 336f.).

(Teilnahmegrundsatz) und betreffend der Stellung der am wenigsten Begünstigten Gesellschaftsmitglieder (Differenz- oder Unterschiedsprinzip). Bei solchen Eingriffen gilt, dass eine gerechte Ausgestaltung der Zugangsmöglichkeiten zu öffentlichen Positionen für eine gerechte Gesellschaftsordnung Vorrang eingeräumt wird gegenüber der Verbesserung der sozioökonomischen Stellung der am schlechtesten gestellten Personen.<sup>616</sup>

Der Teilnahmegrundsatz besagt, „dass eine gerechte Verfassung eine Form des fairen Konkurrenzkampfes um politische Macht und Ämter festlegt.“<sup>617</sup> Eingriffe in die politische Freiheit können auf zwei Arten erfolgen: Die gleiche Ausübung der politischen Freiheit selbst kann eingeschränkt sein, oder der Geltungsbereich des Mehrheitsgrundsatzes kann eingegrenzt werden.

Der Grundsatz der politischen Freiheit „fordert für alle Bürger ein gleiches Recht zur Teilnahme und Mitbestimmung bei dem verfassungsmäßigen Verfahren, nach dem die Gesetze zustandekommen, denen jene gehorchen sollen.“<sup>618</sup> Dieser Grundsatz wird eingeschränkt, wenn beispielsweise nicht das allgemeine und gleiche Wahlrecht gilt oder wenn der Grundsatz des gleichen Stimmgewichts nicht gewährleistet ist.<sup>619</sup> Derartige Einschränkungen erscheinen nur dann für die Bürgerinnen und Bürger akzeptabel, wenn sie einen besseren Schutz der anderen Freiheiten mit sich bringen.<sup>620</sup> Der Ausschluss vom allgemeinen und gleichen Wahlrecht, den Frauen oder weniger Begüterte durch das Zensuswahlrecht erfahren mussten, ist heute inakzeptabel. Hingegen scheint etwa ein Mindestalter für die Ausübung des Wahlrechts sinnvoll zu sein, da die politische Mitgestaltung ein elementares Verständnis für die gesellschaftlichen Zusammenhänge erfordert. Oder das Stimmgewicht kann ungleich gewichtet sein, wenn Abstimmungsergebnisse nicht in einem einzigen umfassenden Wahlkreis erfasst werden, sondern aufgrund unterteilter Wahlkreise. Dann hat die einzelne Stimme umso mehr Gewicht in einem Wahlkreis, je weniger sie mit anderen Stimmen in Konkurrenz treten muss (das heißt je weniger Personen im gleichen Wahlkreis stimmberechtigt sind). Gleichwohl kann es sinnvoll sein, Wahlkreise unterschiedlich groß einzuteilen, damit regionale Verhältnisse und Traditionen beachtet werden; und nicht zuletzt erlauben überschaubare Wahlkreise, dass Kandidaten den Stimmberechtigten auch genügend

---

<sup>616</sup> Vgl. die expliziten Vorrangsregeln in Rawls (1975: 336f.), sowie die einfachere Formulierung in Rawls (1998: 70f.).

<sup>617</sup> Rawls (1975: 257).

<sup>618</sup> Rawls (1975: 251).

<sup>619</sup> Dazu Rawls (1975: 262).

<sup>620</sup> Ebenfalls Rawls (1975: 262).

bekannt sind. Ähnliche Überlegungen gelten auch für die Wählbarkeit in öffentliche Ämter, da der Zugang im Prinzip allen offen stehen sollte, doch kann dieser an Bedingungen des Alters oder des Wohnorts geknüpft sein.<sup>621</sup> Schließlich kann ein öffentliches Amt mit anderen staatlichen Funktionen unvereinbar sein.<sup>622</sup>

Die zweite Form des Eingriffs schränkt den Umfang ein, mit der die politische Freiheit in andere Freiheiten eingreifen kann. In „Übereinstimmung mit der Tradition“ nimmt Rawls an, „der Hauptunterschied des Umfangs der politischen Freiheit liege darin, wie weit die Verfassung dem Mehrheitsgrundsatz folgt.“<sup>623</sup> So sollen Mehrheitsentscheide nicht die Freiheitsrechte einfach aufheben können, die durch die Grundstruktur verbürgt werden. Das bedeutet aber gleichzeitig, dass sich die politischen Grundrechte nicht voll entfalten können. Derlei Einschränkungen des Mehrheitsprinzips müssen insofern begründet werden, als dieses Prinzip den rechtsförmerigen Ausdruck der gemeinsamen Ausübung politischer Freiheit darstellt.

Es kommt darauf an, dass man zur Rechtfertigung der Einschränkungen behaupten muss, aus der Sicht des repräsentativen Bürgers in der verfassungsgebenden Versammlung werde die weniger umfangreiche Teilnahmefreiheit durch die größere Sicherheit und den größeren Umfang der anderen Freiheiten aufgewogen.<sup>624</sup>

Hier spielt das Überlegungsgleichgewicht, denn es muss entschieden werden, welches durch die Verfassung garantierte System der Rechte die verschiedenen Freiheiten und Grundrechte am besten zur Entfaltung bringt. Diese Grenzziehung entscheidet über das grundrechtliche Verhältnis zwischen öffentlich politischer und privater Autonomie.

Der von Rawls ins Spiel gebrachte Teilnahmegrundsatz zielt folglich auf das verfassungsmäßig garantierte System der Freiheiten und Grundrechte. Rawls möchte die Rechtsstellung der Bürgerinnen und Bürger im liberalen Rechtsstaat bestimmen. Die Gesetzesstufe, die ihn interessiert, ist die Verfassung, die die verbindliche Grundstruktur der Rechtsgemeinschaft wiedergibt. Beurteilt werden die Aussichten, die Freiheiten und Grundrechte wahrzunehmen.<sup>625</sup> Da Rawls Überlegungen die Grundstruktur betreffen, unterscheiden sich die von ihm formulierten Bedingungen grundsätzlich vom dritten Kriterium legitimer Qualifikationen. Dieses setzt gerade nicht an der obersten Ebene der Rechtssetzung an, sondern richtet das Augenmerk auf die unterste Stufe, da nicht die Verfassungsstruktur sondern die behördlichen Voll-

---

<sup>621</sup> In diesem Sinn Rawls (1975: 254).

<sup>622</sup> Zur Unvereinbarkeit verschiedener Ämter im schweizerischen Bundesrecht siehe etwa Häfelin & Haller (1993: 214f. 223, 257).

<sup>623</sup> Rawls (1975: 254).

<sup>624</sup> Rawls (1975: 259f.).

zugsänderungen beurteilt werden. Wenn gestützt auf die Rechte epistemischer Souveränität gefordert wird, dass das Niveau der Rechte nicht gesenkt werden soll, dann sind damit gerade nicht die Freiheiten gemeint, die Rawls im Sinn hat; denn diese werden durch die anderen Kategorien der Grundrechte geschützt. Eine vollständige Rechtstheorie kann sich nicht auf normative Kriterien zu den Abwehrrechten gegenüber dem Staat beschränken, mit denen die liberalen Freiheiten geschützt werden. Die Rechte epistemischer Souveränität sollen darüber hinaus sicherstellen, dass die Idee der Gesellschaft als eines fairen Systems sozialer Kooperation auch in der Rechtswirklichkeit in einer Weise zwischen den Personen spielen kann, dass Konflikte aufgrund unterschiedlicher Handlungsordnungen gelöst werden können.

Nach Rawls' Konzeption sollen die Freiheiten so wenig als möglich eingeschränkt werden, so dass eine Kooperation ermöglicht wird, die einen möglichst großen Wohlstand herbeiführt. Auch eine faire Kooperation wird freilich immer zu Unterschieden führen, da sich Chancen in vielfältiger Weise den Mitgliedern der Gesellschaft eröffnen und von diesen unterschiedlich erfolgreich wahrgenommen werden. Deshalb muss eine Form der Bewertung angegeben werden, nach der der Wohlstand zu bemessen ist und die allfällige Umverteilungen rechtfertigt. Gemäss der zweiten Bedingung, die im zweiten Gerechtigkeitsgrundsatz genannt wird, kann Eigentum besteuert und auf diese Weise umverteilt werden. Durch solche Umverteilungsmechanismen wird allerdings das Grundrecht auf Eigentum beschnitten, und solche Eingriffe sind deshalb begründungsbedürftig.

Bestehende Verteilungen müssen bemessen und Umverteilungen gerechtfertigt werden können. Das Unterschieds- oder Differenzprinzip gibt an, im Hinblick worauf gemessen wird und erläutert, warum dieses Kriterium zu gerechten Umverteilungen führt:

Geht man von den Institutionen aus, wie sie von der gleichen Freiheit für alle und der fairen Chancengleichheit gefordert werden, so sind die besseren Aussichten der Begünstigten genau dann gerecht, wenn sie zur Verbesserung der Aussichten der am wenigsten begünstigten Mitglieder der Gesellschaft beitragen.<sup>626</sup>

Normativer Ausgangspunkt des Differenzprinzips ist der Anspruch auf gleiche Freiheit, der gegenüber jeder einzelnen Person für sich gleichermaßen beachtet wer-

---

<sup>625</sup> Dazu Rawls (1975: 96).

<sup>626</sup> Rawls (1975: 96). Vgl. auch die Formulierung in Rawls (1998: 70f.): „[D]ie mit Ämtern und Positionen verbundenen sozialen und ökonomischen Ungleichheiten [müssen] so eingerichtet sein [...], dass sie, wie groß oder klein sie auch sein mögen, zum größtmöglichen Vorteil der am wenigsten begünstigten Gesellschaftsmitglieder wirken.“ Trotz einiger Revisionen, die Rawls' Theorie der Gerechtigkeit im Laufe von fast drei Jahrzehnten erfah-

den muss. Deshalb zählt für eine gerechte Gesellschaftsordnung – im Gegensatz etwa zu einer utilitaristischen Konzeption – nicht der durchschnittliche Nutzen, indem berechnet wird, wie groß der gesamtgesellschaftliche Wohlstand im Durchschnitt pro Kopf ist.<sup>627</sup> Gesellschaftsordnungen, die Vorteile für einzelne Gruppen oder selbst für die ganze Gesellschaft ergeben mögen, müssen daher immer gegenüber denjenigen gerechtfertigt werden, die durch diese Ordnung am wenigsten begünstigt werden. Dieses Kriterium soll wie das dritte Kriterium legitimer Qualifikationen ungerechtfertigte Benachteiligungen ausschließen. Jedoch misst das Differenzprinzip nicht das Niveau der Rechte.

Das Messproblem, wie mögliche Verbesserungen der Gesellschaftsordnung überhaupt gemessen werden sollen, löst Rawls durch eine Reihe von Vereinfachungen: Erstens interessiert nur die soziale Position der am wenigsten Bevorzugten; zweitens wird nicht die erreichte Befriedigung gemessen, sondern die Aussichten darauf, die Lebenslage zu verbessern, indem Freiheitsrechte wahrgenommen werden; wobei drittens die Aussichten an die Grundgüter gebunden werden.<sup>628</sup>

Die Anwendung des Differenzprinzips erfolgt, in dem diese spezifischen Umstände von repräsentativen Personen gemessen werden:

Das Messproblem reduziert sich also weitgehend auf die Gewichtung der Grundgüter für die am wenigsten Bevorzugten. Wir versuchen das, indem wir uns in die repräsentative Person dieser Gruppe hineinversetzen und uns fragen, welche Kombination gesellschaftlicher Grundgüter sie vernünftigerweise haben möchte.<sup>629</sup>

Die Messung braucht Rawls zufolge nicht durch eine sozioökonomische Studie zu erfolgen, da es nach seiner Auffassung genügt, sich in die Position der entsprechenden Personengruppe hineinzusetzen und zu fragen, welche Verbesserungen erstrebenswert wären. Hierin zeigt sich einmal mehr die Methode des Überlegungsgleichgewichts, das auf ein institutionelles Verständnis dessen zurückgreift, was gerecht ist. Repräsentative Personen sind daher nicht als eine demographisch repräsentative Bezugsgruppe in soziologischen Untersuchungen misszuverstehen. Vielmehr sind diese Personen ein Konstrukt, das sich aus der Konzeption der beiden Gerechtigkeitsgrundsätze ergibt:

---

ren hat, sind gemäss Rawls (1998: 71) die Bedeutung und die Begründung des Differenzprinzips von diesen Revisionen unberührt geblieben.

<sup>627</sup> Siehe die Einwände gegen utilitaristische Konzeptionen in Rawls (1975: 192-220).

<sup>628</sup> Siehe dazu die ausführliche Argumentation in Rawls (1975: 114f.).

<sup>629</sup> Rawls (1975: 114).



Die Anerkennung der beiden Grundsätze bedeutet also, dass man viele Tatsachen und Komplikationen des täglichen Lebens für die soziale Gerechtigkeit als unerheblich ansieht.<sup>630</sup>

Die Gerechtigkeitskonzeption von Rawls soll Vergleichbares leisten, wie die theoretische Darstellung der Lebenswelt bei Habermas – und scheitert meines Erachtens in ähnlicher Weise. Sie soll die Vielfalt der alltäglichen Überzeugungen auf die Zusammenhänge reduzieren, die für eine liberale Konzeption der Gerechtigkeit maßgeblich sind. Gegen Habermas habe ich bei der Diskussion seines Lebensweltkonzepts dargelegt, dass die theoretische Darstellung der Lebenswelt aus seiner Gesellschaftstheorie erwächst, so dass sie die Alltagswelt nicht aus der Binnenperspektive des Publikums wiedergibt, dessen Zustimmung für die Legitimation des Rechts ausschlaggebend ist. Sinngemäß lässt sich gegen Rawls einwenden, dass seine Konzeption des öffentlichen Vernunftgebrauchs und sein Ideal des demokratischen Staatsbürgers starke Annahmen hinsichtlich der maßgeblichen Qualifikationen von Bürgerinnen und Bürgern treffen,<sup>631</sup> die in dieser Form nicht haltbar sind.<sup>632</sup>

Rawls wählt die Konzeption des Urzustandes als Darstellungsmittel,<sup>633</sup> mit dem er auseinandersetzen will, dass seine Formulierung der Gerechtigkeit als Fairness vernünftig ist: Im Urzustand sollen Parteien die Grundstruktur aushandeln ohne Kenntnis der eigenen sozialen Position, der konkret vertretenen Weltanschauung (Rawls' umfassende Lehren), der Zugehörigkeit zu einer ethnischen Gruppe, des Geschlechts oder der natürlichen Begabungen.<sup>634</sup> Der Zugang zu Informationen, über den Akteure im Alltag verfügen, ist demnach stark eingeschränkt. Auf diese Weise soll die Hintergrundstruktur selbst, die normalerweise in alltäglichen Aushandlungsprozessen die Übereinkunft ermöglicht, reflektiert werden, so dass

---

<sup>630</sup> Rawls (1975: 109).

<sup>631</sup> Siehe die Darstellung des idealen Staatsbürgers in Rawls (1998: 312-363).

<sup>632</sup> In diesem Sinn erfolgt die Kritik von Wolf (1997: 60-62); Habermas (1996) kritisiert, dass derlei theoretische Festlegungen die demokratischen Aushandlungsprozesse um die Grenze zwischen privater und öffentlicher Autonomie nicht ersetzen dürfen; Sandel (1994) wiederum kritisiert die Konzeption der Person als ungebundenes Selbst, das die Grundstruktur ohne soziale Bindungen beurteilen soll. Hinsch (1997b) verteidigt die Konzeption des öffentlichen Vernunftgebrauchs, da eine politische Theorie angesichts des Pluralismus vernünftiger Lehren keine umfassende Lehre sondern bloß Grundsätze begründen könne. Das Problem besteht für Hinsch (1997b: 94-102) darin, dass eine allzu substantielle Lehre in einem normativen Fundamentalismus resultiert, da nicht von allen geteilte Wertvorstellungen in die Gesellschaftsordnung einfließen. Meines Erachtens kann das Problem, dass Wertvorstellungen in die Gesellschaftsordnung eindringen, zumindest für das Recht mit dem Demokratieprinzip für die Normenbegründung einerseits und den Legitimitätskriterien für die Normenanwendung andererseits entschärft werden.

<sup>633</sup> Siehe die Erläuterungen zum Urzustand als Darstellungsmittel in Rawls (1997: 203) oder (1998: 90).

<sup>634</sup> Siehe zu diesen Informationsbeschränkungen Rawls (1998: 91-93).

eine Übereinkunft über die Grundstruktur erzielt werden kann.<sup>635</sup> Anders gesagt, soll das institutionelle Verständnis geklärt und bereinigt werden. Drei Standpunkte müssen laut Rawls im Rahmen seines Ansatzes unterschieden werden: die Parteien im Urzustand, Bürgerinnen und Bürger in einer wohlgeordneten Gesellschaft (d.h. mit einer funktionierenden Grundstruktur) und die je eigene Position.<sup>636</sup> Der letzte Standpunkt wird in der Theorie selbst nicht ausgeführt; aber

[d]er dritte Standpunkt – Ihrer und meiner – ist der Standpunkt, von dem aus die Konzeption der Gerechtigkeit als Fairness, und in der Tat jede andere Konzeption beurteilt werden muss. Hier ist der Test des Überlegungsgleichgewichts.<sup>637</sup>

Die Zustimmung erfolgt auch bei Rawls aus der Perspektive der realen Personen, die in ihren Überzeugungen und alltäglichen Erfahrungen verwurzelt sind. Die Konzeption, die Rawls vorführt, muss diesen Realitätstest bestehen. Dieser Test erfolgt im Rahmen je individueller Erwägungen, ohne dass Rawls allerdings genauer ausführt, durch welche rechtsförmigen Verfahren solche individuellen Erwägungen wechselseitig ausgehandelt und verbindlich gestaltet werden. Derlei Verfahren sind Bestandteil einer wohlgeordneten Gesellschaft, die die Bürgerinnen und Bürger im Rahmen der Selbstgesetzgebung anwenden sollen. Diese Verfahren wiederum werden von der Grundstruktur vorgegeben. In der Folge scheint die Unterscheidung von drei Ebenen illusorisch, da die drei Positionen miteinander verschränkt sind.

Daher ist entscheidend, was Rawls mit der Möglichkeit, die Konzeption zu beurteilen, genau meint. Die damit verbundenen Schwierigkeiten hat Habermas aufgezeigt. Ich wiederhole diese Kritik hier, weil sie die Nachteile von Rawls' Konzeption deutlich macht. Das Kernproblem besteht darin, die Grundzüge des Vollzugs des Rechts auf der Verfassungsstufe klären zu wollen und dabei zu hoffen, dass „keine bösen Überraschungen eintreten.“<sup>638</sup> Die Grundstruktur – insbesondere die in der Grundstruktur festgelegte Grenzziehung zwischen politischen Freiheiten und deren Eingriffstiefe gegenüber den persönlichen Freiheitsrechten – könnte wohl nur dann sinnvollerweise Zustimmung aus der Sicht des letzten, je eigenen Standpunkts erfahren, wenn die festgelegten Strukturen „revisionsfest wären gegenüber künftigen Erfahrungen und Lernprozessen.“<sup>639</sup> Aber genau diese Unterstellung in Rawls' Konzeption der Gerechtigkeit, die für faire Kooperationsbedingungen sorgen soll, scheint höchst fraglich angesichts der stetigen Innovation neuer Handlungsordnun-

---

<sup>635</sup> Dazu Rawls (1998: 90).

<sup>636</sup> Siehe Rawls (1998: 96) oder auch (1997: 206-208).

<sup>637</sup> Rawls (1998: 97).

<sup>638</sup> Habermas (1996: 76).

<sup>639</sup> Habermas (1996: 77).

gen, mit denen Bürgerinnen und Bürger die Handlungskoordinationen stabilisieren. Habermas kritisiert insbesondere, dass die Parteien die „Folgen einer Autonomie, die ihnen selbst in vollem Umfang versagt ist, und Implikationen der Ausübung einer praktischen Vernunft, die sie selbst nicht in Anspruch nehmen können, begreifen, ernst nehmen und zum Gegenstand ihrer Verhandlungen machen“ sollen.<sup>640</sup> Die auferlegte „Informationsbeschränkung“ ist ein „Kunstgriff“, der „von vornherein die Vielfalt der partikularen Deutungsperspektiven“ ausblendet.<sup>641</sup>

Da Rawls die Gesellschaftsordnung auf der Verfassungsebene klären will, werden nur die Grundrechte berücksichtigt. Keine Beachtung wird dagegen der nachfolgenden Ausgestaltung der Rechtswirklichkeit durch den Vollzug aller übrigen Rechte geschenkt. Überdies werden alternative Qualifikationen von Personen und Dingen ausgeblendet, die nicht in die Grundstruktur passen, die aber gleichwohl in konkreten Rechtsanwendungen von entscheidender Bedeutung für die Rechtswirklichkeit sind. Solche Erfahrungen und Überzeugungen führen zu bösen Überraschungen, die die Grundstruktur ins Wanken bringen. Eine Konzeption der Grundstruktur als Rechtstheorie ist indes unvollständig, solange keine Möglichkeit besteht, den Anforderungen epistemischer Souveränität gerecht zu werden. Der zweite Gerechtigkeitsgrundsatz ist weit davon entfernt, die rechtstheoretischen Probleme zu lösen, denen sich die Rechte epistemischer Souveränität annehmen sollen. Die Grundstruktur sollte aber auch darauf eingerichtet sein, die Ursachen solcher Konflikte rechtsförmig zu beheben. Deshalb erklärt Habermas:

Wenn wir das sicherstellen wollen, müssen wir aber den Urzustand schon in Kenntnis, ja in Voraussicht all der normativen Gehalte konstruieren, die jemals ein Anregungspotential für das geteilte Selbst- und Weltverständnis von freien und gleichen Bürgern darstellen könnten.<sup>642</sup>

Doch damit scheint die Konzeption des Urzustandes hinfällig; denn die Forderung von Habermas, dass die Parteien über Kenntnis des Selbst- und Weltverständnisses verfügen, widerspricht gemäss Habermas gerade den Informationsbeschränkungen im Urzustand. Das bedeutet, dass es nicht sinnvoll sein kann, den Urzustand als gleichsam realitätsfremde Situation zu entwerfen, da dann Lernprozesse ignoriert werden.

---

<sup>640</sup> Habermas (1996: 69).

<sup>641</sup> Habermas (1996: 75).

<sup>642</sup> Habermas (1996: 76f.).

Doch der Urzustand sollte nicht als theoretisch konstruierte Situation missverstanden werden.<sup>643</sup> Vielmehr gibt diese Konzeption für Rawls die Kriterien für die Argumentation und Beweisführung in Gerechtigkeitsfragen an. Mittlerweile formuliert Rawls den Urzustand in einer Weise, in den die Angehörigen einer Gesellschaft jederzeit eintreten können, indem sie „Argumente für Gerechtigkeitsgrundsätze vorbringen, die den aufgezählten Informationsbeschränkungen Rechnung tragen.“<sup>644</sup> Das heißt, dass Argumente, die im Hinblick auf die eigene Position und aus Eigeninteresse vorgebracht werden, nicht zählen. Mit anderen Worten: Nur solche Argumente dürfen vorgebracht werden, die von geteilten Überzeugungen ausgehen und die den Status der anderen als freie und gleiche Bürger anerkennen. Diese Voraussetzungen erinnern an die ausschlaggebenden Typen von Gründen in der Normen-anwendung und an die Beweisführung in den rechtsförmigen Verfahren epistemischer Souveränität: In solchen Auseinandersetzungen zählen neben den geltenden Normen die geteilten epistemischen Überzeugungen – nicht aber das Eigeninteresse. Da die epistemische Souveränität dazu dient, das institutionelle Verständnis für rechtmäßiges Handeln zu klären, kann diese Analogie nicht verwundern. Rawls führt diese Klärung auf der Stufe der Verfassung durch, während ich sie auf der Stufe der Vollzugsvorschriften durchführe. Bei ihm soll auf diese Weise das Verhältnis zwischen öffentlicher und privater Autonomie im Rahmen der Grundstruktur erläutert werden. Dagegen geht es bei den Klärungen epistemischer Souveränität um begrenztere Fragestellungen.

Die Auseinandersetzung mit dem Urzustand als Darstellungsmittel und der Methode des Überlegungsgleichgewichts habe ich geführt, um die äußerst reduzierte Konzeption der Person zu erläutern, die Rawls im Differenzprinzip voraussetzt. Nun stellt sich heraus, dass diese Konzeption insoweit beansprucht vernünftig zu sein, als sie letztlich reale Personen auf dem Standpunkt ihrer je eigenen Position überzeugen soll. Ich glaube, das wird sie nicht. Der Grund dafür ist, dass Rawls den Herausforderungen des Pluralismus nicht wirklich gerecht wird. Die Idee des öffentlichen Vernunftgebrauchs geht davon aus, dass das institutionelle Verständnis tatsächlich von allen in den entscheidenden Punkten, d.h. der Grundstruktur, geteilt wird, so dass dieses Verständnis als Konzeption nur geläutert werden muss. Anders gesagt unterstellt Rawls eine einzige fundamentale Rechtfertigungsordnung, die nicht wie bei Habermas auf den Konsens beschränkt

---

<sup>643</sup> Gemäss Rawls (1998: 91) ist Übereinkunft im Urzustand „hypothetisch und nicht-historisch“, da es sich beim Urzustand um ein Darstellungsmittel handelt.

ist, dass Konflikte rechtsförmig gelöst werden sollen, sondern im Kerngehalt liberaler Überzeugungen substantielle Übereinstimmungen voraussetzt. Diese Annahme, dass ein substantieller Konsens hinsichtlich der maßgeblichen Rechtfertigungsordnung besteht, ist angesichts der Untersuchungen von Luc Boltanski und Laurent Thévenot soziologisch unhaltbar.<sup>645</sup> Zudem handelt es sich hierbei nicht um ein Argument, wie Ursula Wolf richtig stellt, sondern bloß um „Wunschdenken“.<sup>646</sup> Und schließlich ist wenig wahrscheinlich, dass alle die Ansicht teilen, dass die sozioökonomische Position mit dem Differenzprinzip zu bemessen sei.<sup>647</sup>

Rawls setzt den erforderlichen substantiellen Konsens hinsichtlich der gerechten Grundstruktur schlicht voraus. Doch selbst wenn dieses institutionelle Entgegenkommen zugestanden wird, bleibt die Frage, wie im Rahmen der Grundstruktur mit der stetigen Veränderung von Handlungsordnungen umgegangen werden soll. Die Überzeugungen und Qualifikationen, die mit diesen Ordnungen einhergehen, entfalten sich allmählich in der Gesellschaft. Gerade im Gewand von Technologien überschreiten sie die Schwelle zwischen privaten und öffentlichen Überzeugungen schrittweise. Daher ist eine Konzeption unzureichend, die davon ausgeht, dass die Konzeption der liberalen Ordnung mitsamt deren maßgeblichen Überzeugungen von diesen Veränderungen erstens unberührt bleibt und ihnen zweitens nicht Rechnung zu tragen braucht. Schwierigkeiten entstehen durch die enge Bindung der

---

<sup>644</sup> Rawls (1998: 95).

<sup>645</sup> Siehe Boltanski & Thévenot (1991); und zusammenfassende Darstellungen in Boltanski & Thévenot (1999, 2000).

<sup>646</sup> Wolf (1997: 58).

<sup>647</sup> So der Einwand von Wolf (1997: 60). Das Differenzprinzip setzt voraus, dass ein Maßstab angegeben werden kann, nach dem nicht zu rechtfertigende Ungleichheiten zu bestimmt werden können. Dabei wird allerdings unterstellt, dass die Nutzung der Freiheitsrechte als Hinsicht, nach der dies zu beurteilen sei, unkontrovers sei. Insbesondere unterscheidet Rawls (1975: 118) zwischen „drei Hauptarten der Zufälligkeiten“ der sozialen Position: Klassenherkunft, natürliche Fähigkeiten und Glück im Leben. Doch die Festlegung, welche Ursachen und Zufälligkeiten für eine Gerechtigkeitskonzeption relevant und welche unerheblich sein sollen, wird gegenwärtig kontrovers diskutiert und betrifft die Annahmen, welche Aspekte der Gleichheit von Bedeutung seien. Die theoretischen Schwierigkeiten, die mit divergierenden Annahmen der Gleichheit oder auch mit dem theoretischen Stellenwert von Gleichheit in Gerechtigkeitstheorien verbunden sind, erläutert Krebs (2000: 7-37). Anderson (2000) kritisiert den Glücksegalitarismus, der Gleichheit auf verschiedene Formen des Anrechts auf Glück reduzieren will, und hält derlei Konzeptionen die demokratische Gleichheit entgegen, die – ganz im Sinn von Habermas – Gleichheit zunächst politisch bestimmt, so dass die Gesellschaftsordnung und die damit verbundenen Zuschreibungen von Gleichheit auf wechselseitigen Rechten und Pflichten beruhen. Ähnlich wie Fraser in Fraser & Honneth (2003) kommt sie zum Schluss, dass nicht einfach die Güterverteilung ausschlaggebend sei, sondern der Anspruch auf gleiche Achtung gleichermaßen Gewicht habe. Diese doppelte Perspektive lässt sich nach meiner Auffassung mit der Unterscheidung zwischen demokratischer und epistemischer Souveränität rechtstheoretisch angemessener fassen.

Beurteilung der sozioökonomischen Position an Freiheiten und Grundrechte auf der Stufe der Grundstruktur. Auf dieser abstrakten Ebene werden aber die Probleme gar nicht erfasst, die sich durch konkurrierende Qualifikationen ergeben, die verschiedenen Handlungsordnungen zu Grunde liegen. Derlei Qualifikationen müssten aber von einer Konzeption erfasst werden, die die „Idee der Gesellschaft als eines fairen Systems sozialer Kooperation zwischen fairen und gleichen Personen“<sup>648</sup> fassen will. Die Konzeption reduziert an wichtigen Problemen vorbei, die insbesondere in modernen Technologiegesellschaften auftreten (was nicht heißen soll, dass die durch das Differenzprinzip angesprochenen Fragen bedeutungslos sind). Deutlich wird die theoretische Konstruktion auch daran, dass das Differenzprinzip allein Ansprüche hinsichtlich der Freiheitsrechte erhebt. Das Niveau der Rechte wird bei Rawls allein an den Freiheitsrechten bemessen. Ich habe dagegen gezeigt, dass dieses Niveau auch durch Vollzugsmaßnahmen beeinflusst werden kann. Obschon Freiheitsrechten in einer Gerechtigkeitskonzeption mehr Gewicht als anderen Rechten eingeräumt werden soll, kann der normative Anspruch auf ein möglichst hohes Niveau gleicher Rechte nicht willkürlich auf die Freiheitsrechte beschränkt bleiben. Eine solche Einschränkung liegt bei den Legitimitätskriterien nicht vor.

Das Differenzprinzip legt die Akteure zu sehr auf einen begrenzten Typus von Gründen fest. Rawls' Bemühen ein Messverfahren anzugeben, das gegenüber dem Utilitarismus eindeutig einfacher ist, verleitet ihn dazu, wie der Utilitarismus den Wohlstand der Menschen als Kernproblem der Rechtswirklichkeit oder der Gesellschaftsordnung anzusehen. Deshalb ist Rawls' vorrangiges Ziel, die Aussichten der am wenigsten Begünstigten zu verbessern. Soll diesen Aussichten Substanz gegeben werden, dann lassen sich aber unterschiedlichste maßgebliche Aussichten geltend machen, je nachdem welche Lebensentwürfe noch als vernünftig gelten können. Hier muss ein substantieller Eingriff vorgenommen werden, indem vernünftige von unvernünftigen Lebensentwürfen geschieden werden. Es genügt nicht, dass „wir uns in die repräsentative Person dieser Gruppe hineinversetzen“<sup>649</sup>; denn entscheidend sind die Überzeugungen dieser Person selbst und nicht, was andere über sie denken mögen. Eine Zustimmung aufgrund eines fiktiven Rollentauschs ist unzureichend. Wenn daher diese imaginierten Vereinfachungen nicht zum Ziel führen, muss die Konzeption gegenüber allen denkbaren Lebensentwürfen offen bleiben, sofern diese

---

<sup>648</sup> Rawls (1998: 74).

<sup>649</sup> Rawls (1975: 114).

nicht grundsätzlich gegen die gerechte Grundstruktur verstoßen und daher ethisch nicht haltbar sind. Unter solchen Umständen geht die Übersicht schnell einmal verloren, und die scheinbare Einfachheit und Eleganz des Differenzprinzips schwindet. Aus diesem Grund ist es nach meiner Auffassung sinnvoller, den Zustand einer Gesellschaftsordnung nicht an der sozioökonomischen Stellung der am wenigsten Begünstigten festzumachen.

Dagegen habe ich vorgeschlagen, die Rechtswirklichkeit danach zu beurteilen, ob die verwendeten Typologien rechtserheblicher Sachverhalte angemessen sind. Die von den Behörden gewählten Vollzugsverfahren sollten im Hinblick auf den qualifizierten Rechtsstatus von Personen untersucht werden. Die Beschreibung der Folgen bestimmter Qualifikationen auf den Vollzug ist einerseits reichhaltiger als der eingeschränkte Blick auf die am wenigsten Bevorzugten; denn ein veränderter Vollzug wird bezüglich der Folgen für alle Rechte untersucht, wenn das Niveau der Rechte beurteilt wird. Andererseits bleibt meine Konzeption auch überschaubarer, da die Folgen einer konkreten Veränderung des Vollzugs geprüft werden sollen. Dagegen wird die Beurteilung der Aussichten repräsentativer Gruppen bei Rawls ausgesprochen komplex, wenn sie nicht bloß abstrakt sondern ernsthaft und vor dem Hintergrund realer Bedingungen durchgeführt werden soll. Diese realen Bedingungen schließen das Geflecht der Handlungsordnungen mit ein, lassen jedoch die spezifischen Eigeninteressen unberücksichtigt. Das hat zur Folge, dass Rawls nicht nur eine spezifische Vollzugsfrage im Auge behalten und vor dem Hintergrund des Pluralismus der Handlungsordnungen abzuwägen hat, sondern das ganze System der Freiheiten und Grundrechte berücksichtigen müsste. Da jeder Versuch, angesichts derart komplexer Zusammenhänge ein konsensfähiges Resultat herbeizuführen, scheitern muss, wendet Rawls seine Methode des Überlegungsgleichgewichts auf das institutionelle Verständnis an. Damit weicht er den realen Hindernissen aus, und er nennt keine Verfahren, mit denen konsensfähige Resultate in den realen politischen Verhältnissen erzielt werden können. Aus diesem Grund ist es wohl vernünftiger, eine Konzeption der Gerechtigkeit als Fairness vorzuschlagen, die in der Art von Habermas' fünf Kategorien der Grundrechte entworfen ist. Diese sorgen für die notwendige Dialektik zwischen den gleichen Teilhaberechten an der demokratischen und epistemischen Genese des Rechts, der Organisation des Rechts durch die Behörden und den institutionell verbreiteten Rechtsauffassungen.

### 3.1.2.2 *Autorität der Sachverständigen und wissenschaftlicher Ethos*

Im Normalfall beziehen die Verwaltungen das erforderliche Wissen für den Vollzug und insbesondere für die Regulation von Technologien aus den Wissenschaften, wobei dieses Wissen im Hinblick auf die Anforderungen im Vollzug neu bewertet wird.<sup>650</sup> Die Vollzugsverfahren werden vorwiegend auf natur- und ingenieurwissenschaftliche Expertisen abgestellt, die Verlässlichkeit sowie praktische Umsetzbarkeit und somit die Rechtssicherheit garantieren sollen. Danach sorgen die Sachverständigen für einen berechenbaren Vollzug. Dem steht die Klage über die Entkoppelung der Expertenkulturen entgegen, die Habermas in *Faktizität und Geltung* vorbringt. Die Berechenbarkeit und Effizienz des Vollzugs beruht, so Habermas' zentraler Einwand, auf sekundären Naturwüchsigkeiten, die normative Entscheidungen verschleiern.<sup>651</sup> Die wissenschaftlichen Qualifikationen von Personen und Dingen in Typologien rechtserheblicher Sachverhalte bedürfen nicht nur des Konsens unter den Sachverständigen sondern auch der Zustimmung der Rechtsgemeinschaft. Da jedoch die Beratung durch Sachverständige in den Verwaltungen üblich ist und sich auch bewährt hat, wäre es denkbar, dass diese Organisationsform für moderne Gesellschaften schlicht die angemessenste ist. Gegen diese Ansicht möchte ich darlegen, inwiefern die Organisation epistemischer Souveränität durch das Wissenschaftssystem nicht genügt.

Sollte epistemische Souveränität in der Weise organisiert werden, dass allein das Wissenschaftssystem die Qualifikationen und Typologien rechtserheblicher Sachverhalte prüft, dann müssten die Wissenschaften eine Garantie erbringen können, dass die Erfüllung der Legitimitätskriterien im höchsten Maß erfüllt werde, wenn die Beurteilung von Vollzugsmaßnahmen wissenschaftlich organisiert werde. Ich nenne diese Anforderung die epistemische Garantie, die mit folgenden Schwierigkeiten zu kämpfen hat: Problematisch ist nicht allein die Erfüllung des ersten Kriterium, das keinen Ausschluss von alternativen Qualifikationen vorschreibt; auch das zweite Kriterium kann durch die Qualifikation von Personen und Dingen in wissenschaftlichen Argumentationen strapaziert werden; und schließlich soll nach dem dritten

---

<sup>650</sup> Jasanoff (1990: 249f.) schließt ihre umfangreiche Untersuchung zu der Rolle von Sachverständigen in den Verwaltungen mit dem Befund, dass die Verlässlichkeit wissenschaftlicher Expertisen nicht das einzige Kriterium in diesen Aushandlungsprozessen ist. Ezrahi (1990) legt in seiner Arbeit dar, wie wissenschaftliche Konzeptionen normalen Handelns staatliche Regierung überhaupt erst ermöglichen; Scott (1998) wiederum zeigt, wie zentralisierte, wissenschaftlich fundierte Planungen an den lokalen Bedingungen scheitern; Bröckling et al. (2000) vereinigt Beiträge, die zeigen, wie Foucaults Konzept der Gouvernementalität für diese Fragestellungen fruchtbar gemacht werden können.



Kriterium das Niveau der Rechte und nicht die wissenschaftlich korrekte Darstellung der Zusammenhänge beurteilt werden. Insgesamt sollen also diese drei Legitimitätskriterien erlauben, dass epistemische Souveränität allen offen steht, um geteilte Überzeugungen in die Ausgestaltung der Rechtswirklichkeit einzubringen, so dass die Einschränkung auf wissenschaftliche Sachverständige und deren theoretisch gerechtfertigte Überzeugungen begründet werden muss. Neben diesen Nachteilen gilt es allfällige Vorzüge zu bedenken: Der Realitätsbezug bliebe nicht auf der Ebene der geteilten Überzeugungen stehen, sondern würde durch wissenschaftlich überprüfte Erklärungen sichergestellt. Rechtsparadigmen wären erstens aufgrund der wissenschaftlichen Methode transparent, zweitens objektiv, drittens allgemein anwendbar und viertens neutral, da die Normen der Wissenschaften vorschreiben, dass Wahrheitsansprüche unabhängig von der sozialen Position der Parteien überprüft werden. Aufgrund dieser Vorzüge mutet es vernünftig an, die empirische Rationalisierung der Rechtswirklichkeit den Wissenschaften zu überlassen. Zudem begründen gegebenenfalls auftretende Unzulänglichkeiten keine Einwände dagegen, die Verwaltung der epistemischen Souveränität den Wissenschaften zu überlassen. Die Frage ist, ob die Organisationsregeln der Wissenschaften rechtfertigen, diese Kompetenz umfassend von der Rechtsgemeinschaft an die Wissenschaften abzutreten. Eine positive Antwort setzt erstens voraus, dass diese Regeln die geforderte epistemische Garantie leisten können. Zweitens müssen sie ausschließlich in den Wissenschaften zur Entfaltung kommen, da die exklusive und umfassende Kompetenzabtretung an die Wissenschaften nicht gerechtfertigt werden kann, wenn die Regeln auch anderswo gelten.

Peter Weingart erörtert in *Die Stunde der Wahrheit* den Status wissenschaftlichen Wissens in öffentlichen Auseinandersetzungen. In Abgrenzung vom wissenschaftlichen Rechtfertigungskontext,<sup>652</sup> in dem Wahrheitsansprüche systematisch überprüft werden, verwendet Weingart den Begriff des „<context of relevance>“ als Bedeutungskontext zwischen Wissenschaft und Politik:

Der <context of relevance> umschreibt die Interpretation wissenschaftlichen Wissens in öffentlichen Diskursen, die Orientierungsfunktion, die dieses Wissen erlangt, und

<sup>651</sup> Siehe dazu Habermas (1992: 518f.).

<sup>652</sup> Reichenbach unterscheidet drei Aufgaben der Erkenntnistheorie: die soziologische Beschreibung der Wissensproduktion, die wissenschaftstheoretische Rekonstruktion der Wissensproduktion als rationaler Prozess im wissenschaftlichen Rechtfertigungskontext und schließlich deren beratende Aufgabe; vgl. Reichenbach (1983: 1-9).

gegebenenfalls die Implementierung in politisches Handeln unabhängig davon, ob dieses Wissen in der wissenschaftlichen Kommunikation als gesichert gilt.<sup>653</sup>

Im Bedeutungskontext wird wissenschaftliches Wissen – oftmals unter Handlungsdruck – interpretiert.<sup>654</sup> So werden beispielsweise Prognosen über die angemessenste und wirksamste Art und Weise des Vollzugs gemacht. Wissenschaftliches Wissen nimmt daher in politischen Auseinandersetzungen eine Orientierungsfunktion wahr. Gemäss Weingart ist dabei allerdings zu beklagen, dass auch wissenschaftliche Spekulationen in die Auseinandersetzungen einfließen, so dass Behauptungen öffentlich verbreitet werden, die unter den Sachverständigen selbst keineswegs als gesichert gelten.

Problematisch an Weingarts Bestimmung des Bedeutungskontexts ist die Vorstellung, dass allein wissenschaftliches Wissen interpretiert und dessen Verlässlichkeit durch öffentliche Interpretationen verzerrt werde.<sup>655</sup> Weingart irrt bei seiner Annahme, dass Typologien rechtserheblicher Sachverhalte und Qualifikationen in politischen Auseinandersetzungen wissenschaftlich nachgewiesen werden müssen. Dagegen habe ich deutlich gemacht, dass diese nicht als primäre Naturen entdeckt, sondern dass sie erfunden werden, indem Qualifikationen aus unterschiedlichen Handlungsordnungen miteinander verkoppelt werden. Weingart sieht daher das Problem, das sich für die öffentliche Verbreitung wissenschaftlichen Wissens stellt, allein hinsichtlich möglicher Verzerrungen angesichts unwissenschaftlicher Interpretationen. Dass die Verschiebungen auf die Konfrontation mit Alltagswissen zurückzuführen sind, das seine Legitimation aus anderen Handlungsordnungen als den wissenschaftlichen bezieht, weist Weingart mit erkenntnistheoretischen Argumenten zurück: Eine neue Epistemologie sei allein mit der Forderung, Wissenschaft müsse

---

<sup>653</sup> Weingart (2001: 328).

<sup>654</sup> Zu den divergierenden Systemanforderungen von Politik einerseits, in der Entscheidungen zu fällen sind, und Wissenschaft andererseits, die gesichertes Wissen produzieren soll, siehe Weingart (2002: 91).

<sup>655</sup> In vergleichbarer Weise setzt die Finalisierungsthese von Böhme et al. (1978) das wissenschaftlich gesicherte Wissen in den Mittelpunkt und fordert, dass die Öffentlichkeit über die technische Umsetzung von wissenschaftlichen Ergebnissen entscheidet, die die erforderliche theoretische Reife erlangt haben. Problematisch ist diese Konzeption deshalb, weil sie den kognitiv maßgeblichen Gehalt auf die Seite der wissenschaftlich reifen Theorie schlägt und so Entscheidungen auf theoretische Darstellungen nicht aber auf geteilte epistemische Überzeugungen abstellt. Gemäss Krohn & van den Daele (2001: 227) hat die Finalisierungsthese versagt, insofern sie epistemisch voreingenommen und soziologisch unvollständig ist. Die unzutreffende, aber nichtsdestotrotz verbreitete Vorstellung, dass wissenschaftliche Fakten allein durch die Öffentlichkeit verzerrt werden, siehe den Artikel von Hilgartner (1990).

gesellschaftlich integriert sein, nicht begründbar.<sup>656</sup> Neue gesellschaftliche Anforderungen an Wissen ändern nicht die erkenntnistheoretischen Anforderungen, die für Wissen gelten; was Weingart offenbar den Schluss ziehen lässt, dass das Wissenschaftssystem epistemische Autorität genieße.<sup>657</sup>

Bei Weingarts Einwand müssen zwei Hinsichten unterschieden werden: Erstens scheint tatsächlich keine neue Epistemologie erforderlich; auch für Alltagsüberzeugungen gilt, dass sie wahr sein müssen. Die Frage ist bloß, was mit dieser Forderung nach Wahrheit gemeint ist.<sup>658</sup> Natürlich kann der Eindruck entstehen, dass die Epistemologie neu sei, wenn Alltagswahrheiten ebenfalls zu ihrem epistemischen Recht kommen, und dagegen die These vertreten wird, dass Wahrheit notwendig an wissenschaftlich erhärtete Aussagen gebunden werden müsse. Aber diese Forderung ist epistemologisch nur schwer haltbar und würde insofern selbst eine neue Epistemologie begründen. Es ist daher eher Weingart, der eine neue Epistemologie einführt, wenn er Wahrheit notwendig auf wissenschaftlich erhärtete Wahrheiten reduzieren will. Derlei Auseinandersetzungen erinnern an die Habermas zugeschriebene Forderung, dass nur gerechtfertigte Überzeugungen in Diskursen eingebracht werden dürfen. Diese Forderung wird aber mit den Einwänden von Hans Joas oder Charles Larmore meines Erachtens erfolgreich widerlegt, wie ich insbesondere bei der Diskussion von Habermas' Lebensweltkonzept gezeigt habe.<sup>659</sup> Welche Überzeugungen richtig oder falsch sind kann eine Wissenschaftssoziologie ebenso wenig wie eine Gesellschaftstheorie festlegen. Nichtsdestotrotz trifft Weingarts Sorge einen wunden Punkt, wenn die angeblich neue Epistemologie einfach den Verzicht auf jegliche epistemologische Fundierung bedeuten sollte.

---

<sup>656</sup> Vgl. den harschen Kommentar von Weingart (2001: 342-344) gegen Konzeptionen, die angesichts der Veränderungen der Gesellschaft hin zu einer Wissensgesellschaft neue Kriterien der Wissensproduktion fordern.

<sup>657</sup> Nach Weingart (2001: 347) geht es allein in den Wissenschaften um Wahrheitsansprüche, während es außerhalb der Wissenschaften um Geltung unter bestimmten Kommunikationsbedingungen gehe, wo beispielsweise Emotionalität zähle. Offensichtlich differenziert Weingart – in epistemologisch unhaltbarer Weise – zwischen einer wissenschaftlichen, zweistelligen Relation der Wahrheit, die Tatsachen und Aussagen korreliert, und einer populären dreistelligen Relation der Geltung, bei der die Verständigungsverhältnisse die tatsächliche Wahrheit verzerrt. Doch die Wissenschaften lassen sich nicht aus der dreistelligen Relation der Wahrheit im Sinn von Habermas (2001a: 35) ausklammern, auch sie sind in historisch kontingenten Verständigungsverhältnissen verwurzelt.

<sup>658</sup> Tugendhat (1992a) zeigt deutlich auf, dass wissenschaftliche Wahrheit oftmals gerade nicht die alltäglichen Anforderungen an Wahrheit erfüllt: „So steht man hilflos vor einem so einfachen Tatbestand wie dem, dass eine Summe von richtigen Aussagen die Sache selbst verstellen, also unwahr sein kann.“ Tugendhat (1992a: 225).

<sup>659</sup> Die ausschlaggebenden Einwände finden sich in Joas (2002) sowie Larmore (2000, 2001).

In zweiter Hinsicht genügen epistemologische Erwägungen allein nicht, solange sie von der unbedingten Wahrheit von Aussagen ausgehen, die eine zweistellige Relation zwischen Aussagen und Tatsachen unterstellt. Dagegen erweitert ein dreistelliger Wahrheitsbegriff, wie ihn Habermas vorschlägt, die Epistemologie um den Faktor der „jeweils bestehenden Verständigungsverhältnisse“<sup>660</sup>. Wenn diese auf der Makroebene der Gesellschaftsordnung betrachtet werden, dann können damit zunächst ebenso gut gesellschaftliche Anforderungen wie die Regeln wissenschaftlicher Wissensproduktion gemeint sein. Hier kann Weingart einhaken, indem er dafür argumentiert, dass die maßgeblichen Verständigungsverhältnisse betreffend Wahrheitsfragen in modernen Gesellschaften diejenigen der Wissenschaften seien. Das Wissenschaftssystem organisiert demnach die epistemische Souveränität als Folge der funktionalen Differenzierung in der für moderne Gesellschaften angemessenen Weise. Die Rechtfertigung dafür, dass die Rechtsgemeinschaft die epistemische Souveränität an die Wissenschaft abtritt, erfolgt infolgedessen gestützt auf funktionalistische Prämissen.

Die funktionalistischen Argumente zugunsten der epistemischen Autorität der Wissenschaften beruhen auf erkenntnistheoretischen und soziologischen Annahmen. Die erkenntnistheoretischen Annahmen gehen von einem Erkenntnissubjekt aus, das gestützt auf seinen Erkenntnisapparat über die Fähigkeit zu objektiver Erkenntnis verfügt. Soziale Interaktion ist demgemäß keine notwendige Bedingung für den individuellen Zugang zu wahrer Erkenntnis.<sup>661</sup> Die entpersönlichte Organisation des Wissenschaftssystems verstärkt hingegen diese individuelle Fähigkeit, indem sie den wechselseitigen Begründungsdruck möglichst hoch hält, so dass sich Wissenschaft nicht einfach den geteilten und als wahr geltenden Überzeugungen zuwendet. In diesem Sinn sammelt Wissenschaft nicht einfach Wahrheit, sondern prüft diese.<sup>662</sup> Das heißt, dass Wahrheit sehr wohl auch außerhalb des Wissenschaftssystems eine Rolle spielt, hingegen wird sie nur in diesem System methodisch auf Verlässlichkeit überprüft. Die Aufgabe, die den Wissenschaften funktional zugewiesen wird, ist daher alltägliche Überzeugungen, die oftmals an spezifische Kontexte und kultu-

---

<sup>660</sup> Habermas (2001a: 35).

<sup>661</sup> Eine Wissenssoziologie, deren fundamentale Einheit Kollektive sind, hat dagegen Fleck (1980, 1983) vorgestellt. Neuere konstruktivistische Ansätze sind vor allem ausgehend von ethnologischen Laborstudien entwickelt worden; vgl. etwa Latour & Woolgar (1979) oder Knorr-Cetina (1984).

<sup>662</sup> In diesem Sinne erkennt Luhmann (1990: 274) nicht einfach in der Orientierung auf Wahrheit die spezifische Differenz des Wissenschaftssystems, sondern in der Reflexion über Wahrheit als Beobachtung zweiter Ordnung und in der Prüfung und Verwerfung angeblich wahrer Aussagen.

relle Traditionen gebunden sind, auf ihre kontextübergreifenden Wahrheitsgehalte hin abzufragen sowie neue Zusammenhänge aufzuzeigen und zu begründen.

Getreu diesem funktionalistischen Verständnis unternimmt Weingart den Versuch, die epistemische Verwirrung im Spannungsfeld zwischen Wissenschaft und Politik aufzulösen. In der sozialen Organisation der modernen Wissensproduktion sieht er den Kern der Verbindung zwischen Wissens- und Herrschaftsordnung und die Grundlage epistemischer Legitimation:

Der Schlüssel zu der Frage, welchen Beitrag die *sozialen Innovationen*, die für die Entstehung der modernen Wissensordnung verantwortlich waren, für die Durchsetzung demokratischer Herrschaftsformen hatten, liegt in der *legitimierenden* Rolle der *sozialen Formen* der Wissensproduktion und *nicht* in den *Inhalten* des Wissens selbst. Hier wird die tiefliegende Verbindung zwischen Wissensordnung und Herrschaftsordnung erkennbar. Sie ist im Kern mit dem Zusammenhang von Verwissenschaftlichung und Demokratisierung gemeint.<sup>663</sup>

Weingart versteht Wissenschaft als eine soziale Innovation, die eine eigene Wissensordnung hervorgebracht hat. Das bedeutet, dass die moderne, wissenschaftliche Wissensproduktion einen eigenen Typus von Handlungsordnungen darstellt, der Personen und Dinge in eigener Weise qualifiziert. Diese sozialen Formen und Qualifikationen sind laut Weingart maßgeblich für die Durchsetzung demokratischer Herrschaftsformen – also für die Ausgestaltung der modernen rechtsstaatlichen Gesellschaftsordnung und deren Rechtswirklichkeit. Wissenschaft und Demokratie können ohne Schwierigkeiten ineinander greifen, weil für die wissenschaftliche Wissensordnung wie für die politische Herrschaftsordnung die gleichen Qualifikationen von Personen und Dingen unterstellt werden. Die Verbindung zwischen der Entwicklung der modernen Wissenschaften und den Rechtsstaaten sollte daher nicht in konkreten Inhalten und wissenschaftlichen Entdeckungen verortet werden. Die eigentliche Leistung ist vielmehr die spezifische Organisation der Wissenschaften, die der Wahrheitsfindung dient und die eine Vorbildfunktion für andere Gesellschaftsbereiche wahrgenommen hat. Die Rolle, die den Wissenschaften zugeschrieben wird, beruht daher nicht auf konkreten Leistungen, sondern sie stützt sich auf das institutionelle Verständnis darüber, wie jegliche Wahrheitsfindung überhaupt organisiert sein sollte.

Dieses institutionelle Verständnis lässt es plausibel erscheinen, dass die epistemische Souveränität von den Wissenschaften organisiert wird. Die epistemische Garantie wird durch das Vertrauen in das institutionelle Ideal der Wissensproduktion gestiftet, das durch das Wissenschaftssystem verkörpert wird.

<sup>663</sup>

Weingart (2001: 67f.).

Eine zentrale Rolle spielen hierbei gemäss Weingart der wissenschaftliche Ethos und die Normen, die den wechselseitigen Austausch von Begründungen stärken. Sie erzeugen einerseits eine unpersönliche soziale Distanz, da Regeln der Beweisführung von persönlichen Umständen unabhängig gehalten werden, und ermöglichen andererseits Verlässlichkeit durch die Einhaltung ebendieser Regeln.<sup>664</sup> Sonach wird die Organisation im Wissenschaftssystem mittels funktionalisierten und entpersonalisierten Erwartungshaltungen gesichert, und die Stabilität des Wissenschaftssystems beruht auf dieser Organisationsform und nicht auf sozialen Banden oder wechselseitigen persönlichen Verpflichtungen.

Weingart argumentiert folglich für die Autorität der Wissenschaften, indem er die ideale soziale Struktur des Wissenschaftssystems vorführt. Indem er zu zeigen versucht, dass das Vertrauen in ein so strukturiertes System unter funktionalistischen Gesichtspunkten rational ist, glaubt er die epistemische Autorität des Wissenschaftssystems plausibel dargelegt zu haben. Gelingt eine solche Argumentation, dann wird soziale Akzeptanz mit funktionalen Überlegungen verkoppelt und auf diese Weise als rationale Akzeptierbarkeit gedeutet. Es erscheint dann schlicht vernünftig, epistemische Souveränität durch die Wissenschaften zu organisieren. Dagegen sehe ich Schwierigkeiten in Weingarts Argumentation, da die rationale Akzeptierbarkeit nicht hinsichtlich einer idealen Wissenschaft ausgewiesen werden muss, sondern bezüglich des real organisierten Wissenschaftssystems. Insbesondere muss er zeigen, dass der wissenschaftliche Ethos und die Normen der Wissenschaften nicht nur gelten, sondern spezifisch für das Wissenschaftssystem sind. Dies kann Weingarts Argumentation nicht leisten, wie sich sogleich zeigen wird.

Die Analyse der sozialen Organisation des Wissenschaftssystems stützt Weingart auf die von Robert Merton formulierte normative Struktur der Wissenschaft. Merton unterscheidet vier Normen der Wissenschaft: Erstens sollen Wahrheitsansprüche unabhängig von individuellen oder sozialen Merkmalen wie Geschlecht oder Rasse überprüft werden (Universalismus), die Forschenden sind zweitens dem Wissensaustausch verpflichtet (Kommunismus oder später auch Kommunalismus genannt), sie nehmen drittens von allen persönlichen Ambitionen Abstand (Uneigennützigkeit) und schließlich werden Wissensansprüche ständig der kritischen Prü-

---

<sup>664</sup> Siehe dazu ausführlich Weingart (2001: 39-54).

fung ausgesetzt (organisierter Skeptizismus).<sup>665</sup> Diese entpersönlichte Kooperationsform im Wissenschaftssystem ist nach Weingart ein Vorbild für die Demokratisierung moderner Gesellschaften.<sup>666</sup>

Die Normen der Wissenschaften sollen unparteiliche und unvoreingenommene wissenschaftliche Stellungnahmen zu empirischen Fragen garantieren. Insofern die unvoreingenommene Schließung von Kontroversen als Ideal zur Beilegung aller Konflikte gilt, ist in den wissenschaftlichen Verfahren eine Vorbildfunktion für andere Gesellschaftsbereiche angelegt. Diese beruht, wie Weingart darlegt, auf „der *legitimatorischen* Rolle der *sozialen Formen* der Wissensproduktion und [liegt] *nicht* in den *Inhalten* des Wissens selbst“<sup>667</sup> begründet. Doch in der Praxis führt die Vorbildfunktion zur Vorstellung, Kontroversen müssten durch Wissenstransfer von den Wissenschaften in die übrigen Lebensbereiche geschlossen werden. Diese Vorstellung wird mit dem Hinweis gerechtfertigt, dass wissenschaftlich gesichertes Wissen als vernünftiges Resultat von epistemisch und methodisch rational geführten Aushandlungsprozessen gelten kann: Die Vorbildfunktion wird von der legitimatorischen Rolle auf die Inhalte übertragen. Sollten Alltagswelten und deren soziale Räume, die als Handlungsordnungen Personen und Dinge qualifizieren und so epistemische Räume entfalten, zerfallen, dann müsste die verlorene Einheit dadurch wiederhergestellt werden, dass sich die Akteure an den Wissenschaften orientieren. Wird diese Aufforderung befolgt, dann sollte für die Typologien rechtserheblicher Sachverhalte, die auseinander driftende Handlungsordnungen miteinander stabil verkoppeln, der Vorrang wissenschaftlich begründeter Qualifikationen und Typologien gelten. Der Fehlschluss ist in meinen Augen nicht beim Übergang von den sozialen Formen zu den Inhalten zu suchen, sondern in der vorausgehenden Annahme, dass epistemisch und methodisch rational geführte Aushandlungsprozesse nur in den Wissenschaften stattfinden.

---

<sup>665</sup> Diese vier Normen wurden 1942, mitten im zweiten Weltkrieg, vom Wissenschaftssoziologen Robert K. Merton als notwendige Voraussetzung für eine funktionierende Wissenschaft herausgearbeitet. Merton (1985: 86-99). Unter diesen historischen Umständen war Mertons Ziel, die Rationalität der Wissenschaften angesichts starker ideologischer Verzerrungen zu wahren. Die vier Normen geben dieses Anliegen wieder, ohne aber den Anspruch zu erheben, dass Rationalität eine spezifische Differenz der Wissenschaften ist.

<sup>666</sup> Dazu insbesondere Weingart (2001: , 37-39. In dessen Betonung der entpersönlichten sozialen Organisation klingt auch die Unterscheidung Poppers zwischen einer geschlossenen Gesellschaft und einer offenen Gesellschaft an, die sich allmählich in eine vollständig abstrakte oder entpersönlichte Gesellschaft verwandelt; Popper (1970: 233-236).

<sup>667</sup> Weingart (2001: 67f.).

Der Verweis auf den wissenschaftlichen Ethos und die Mertonschen Normen bleibt letztlich in eigentümlicher Weise unbefriedigend. Denn es ist nicht klar, was diese Normen genau wiedergeben: Es können damit ideale Diskursregeln für die rationale Meinungsbildung bei Wissensfragen gemeint sein; oder die Auslegung des institutionellen Verständnisses verlässlicher, moderner Wissenschaft; oder schließlich die tatsächlich und ausschließlich für das Wissenschaftssystem als Organisation geltenden Regeln. Somit ist offen, wie spezifisch diese normativen Ansprüche für die Wissenschaften sind. Denn vermutlich gilt dieses institutionelle Ideal auch für andere Bereiche. Falls sie umgekehrt tatsächlich spezifisch sind, bleibt wiederum klärungsbedürftig, wie diese Normen den Status bloß wissenschaftsinterner praktischer Normen überwinden können. Erklärt werden muss dann, warum sie auch für andere Bereiche Vorbildfunktion besitzen. Schließlich soll mit dem Verweis auf diese Normen sowohl die epistemische Garantie nach außen geleistet werden, wie auch der privilegierte epistemische Anspruch des Wissenschaftssystems gerechtfertigt werden.

Es braucht also eine Argumentation, die die drei divergierenden Bezugspunkte, Diskurs, Institution und Organisation, vereinigt. Die wissenschaftliche Rationalität kann nur dann gleichermaßen innerhalb und außerhalb der Wissenschaft als grundlegend angenommen werden, wenn sie als anthropologische Grundbedingung des Vernunftwesens Mensch begriffen wird, wie dies beispielsweise Mittelstrass pointiert behauptet:

[Die wissenschaftlichen Rationalitätskriterien sind]<sup>668</sup>, vor allem dann, wenn man nun auch noch, dem Wissenschaftssoziologen Merton folgend, solche Kriterien wie Uneigennützigkeit, Wahrhaftigkeit und organisierten Skeptizismus, d.h. ein allgemeines Kritikgebot gegenüber allen Geltungsansprüchen und Überzeugungen hinzunimmt, [...] nämlich in der Wissenschaft nicht auf rein methodische Aspekte beschränkbar, sie verbinden vielmehr wissenschaftliche Rationalität mit einer *moralischen Form*. Bezogen auf diese moralische Form aber ist Wissenschaft nicht nur methodisch und theoretisch aufgeklärte Rationalität oder ein Mittel zur Differenzierung und Stabilisierung der gesellschaftlichen Organisation der Bedürfnisbefriedigung, sondern stets auch eine *Idee*, die die zweite Natur des Menschen, nämlich das epistemische oder Vernunftwesen des Menschen betrifft, oder, mehr noch, eine Lebensform.<sup>669</sup>

---

<sup>668</sup> Diese Kriterien sind: „Reproduzierbarkeit und Kontrollierbarkeit bzw. Nachprüfbarkeit wissenschaftlicher Ergebnisse und Verfahren, sprachliche bzw. begriffliche Klarheit wissenschaftlicher Darstellungen, Intersubjektivität ([...]) und Begründung.“ Mittelstrass (2001: 19).

<sup>669</sup> Mittelstrass (2001: 20). Dworkin argumentiert hinsichtlich der Grundrechte in vergleichbarer Weise: Für Dworkin (1996: 187-191) repräsentiert die Wissenschaftsfreiheit in exemplarischer Weise den ethischen Individualismus und die Kultur der Unabhängigkeit, die als Ideale für die Grundrechte im liberalen Rechtsstaat prägend sind.



Für den Menschen als Vernunftwesen erhebt Mittelstrass die Organisationsform wissenschaftlicher Rationalität, die durch die entsprechenden Kriterien und die Mertonschen Normen begriffen werden, zur moralischen Form schlechthin: Diese Organisationsform entfaltet die Idee des Vernunftwesens Mensch. Entscheidend ist für Mittelstrass – ähnlich wie bei Weingart – der Übergang von der institutionellen Idee der Wissensproduktion zur tatsächlichen Organisation, wobei Mittelstrass die gleichsam organisierte Idee zusätzlich essentialisiert, indem er die wissenschaftliche Lebensform zu einer zweiten Natur des Menschen erklärt. Die Konsequenz einer solchen Argumentation ist, dass die Wissenschaften aufgrund ihrer moralisch vorbildlichen Form zur normativ vorrangigen Handlungsordnung werden. Wissenschaftlich gefestigte Qualifikationen von Personen und insbesondere der Dinge müssten demnach auch für alle übrigen Handlungsbereiche nachahmenswert sein. Es scheint dann nur vernünftig, bei Vollzugsmaßnahmen auf die wissenschaftlichen Qualifikationen von Personen und Dingen abzustellen.

Doch eine solche Schlussfolgerung ist übereilt, denn das Argument ist bei genauer Betrachtung nicht schlüssig. Mittelstrass verknüpft die institutionelle Idee der wissenschaftlichen Wahrheitsfindung mit dem allgemeinen anthropologischen Vermögen zur Erkenntnis und der historisch kontingenten Organisation der Wissensproduktion. Doch damit wird das Argument in ein Trilemma gelenkt: Denn die anthropologische Bestimmung des Vernunftwesens Mensch sollte als Wesensbestimmung ahistorisch bleiben. Sie sollte zweitens das allgemeine Vermögen von Menschen fassen, ihr Handeln zu koordinieren, indem sie sich auf geteilte Überzeugungen stützen. Wenn mit diesem Argument allerdings in einem dritten Schritt die epistemische Autorität des bestehenden, historisch kontingenten Wissenschaftssystems belegt werden soll, dann wird die epistemische Vernunft historisch anhand des tatsächlichen Wissenschaftssystems gedeutet. Rationales Handeln und die pragmatische Orientierung auf Wahrheit setzen jedoch keineswegs voraus, dass Überzeugungen im Sinn wissenschaftlicher Beweisführungen überprüft werden. Mittelstrass erkennt denn auch, dass die angegebenen Rationalitätskriterien ebenso für Kochbücher gelten.<sup>670</sup> Der Vorrang der faktisch organisierten Wissenschaften und deren Rationalität wird mit einem solchen Argument demzufolge nicht belegt. Der Vorrang wird vielmehr behauptet und ist dann Teil einer epistemischen Machtentfaltung. Eine solche Situation entspricht der Argumentation Foucaults und führt zu Anerkennungskämpfen der geltenden Wissensformen, die nicht mehr durch die Wissenschaften

<sup>670</sup>

Siehe Mittelstrass (2001: 18).

selbst gelöst werden können.<sup>671</sup> Diese Argumentationsfolge zeigt deutlich, dass eine Position unhaltbar ist, die an der wertneutralen, nicht vermachteten Wissenschaft festhalten will und gestützt auf Argumente im Stile von Weingart oder Mittelstrass epistemische Souveränität durch die Wissenschaften organisieren will. Die Argumentation setzt die vielfältigen, institutionellen Annahmen betreffend wahrer Überzeugungen mit einer spezifischen historischen Organisationsform (d.h. dem Wissenschaftssystem) ineins; und diese wird zudem durch die besondere theoretische Brille der Mertonschen Wissenssoziologie und der Wissenschaftstheorie betrachtet. Auf diese Weise wird verschleiert, dass die organisierten Wissenschaften dem ersten und zweiten Kriterium legitimer Qualifikationen nicht genügen können. Sie verstößen gegen das erste Kriterium, da ihre Qualifikationen wie in jeder Handlungsordnung nicht umfassend sind und daher notwendigerweise alternative Qualifikationen ausschließen. Zudem ist die Wissenschaft, wie Mittelstrass bemerkt „eine Lebensform“<sup>672</sup>, doch dann enthalten ihre Qualifikationen notgedrungen Wertungen, die in Typologien rechtserheblicher Sachverhalte einfließen können, was zu Verstößen gegen das zweite Kriterium führen kann. Ob diese Qualifikationen für den Rest der Gesellschaft zulässig sind oder nicht, muss gestützt auf das dritte Kriterium untersucht werden. Zu bedenken ist insbesondere, dass die Ermittlung des Niveaus der Rechte durch eine konkrete Anpassung der Vollzugsmaßnahmen zwar eine epistemische Frage stellt. Trotzdem ist diese deshalb nicht bloß eine wissenschaftliche Frage. Wissenschaftliche Erhebungen laufen dagegen Gefahr, das Niveau der Rechte gleichsam berechnen zu wollen, indem die Legitimitätskriterien als Grundlage eines Kalküls verwendet werden. Auf diese Weise wird aber die Zielsetzung des dritten Kriteriums verfehlt.

All diese Schwierigkeiten hängen nicht mit der Rationalität selbst zusammen, sondern sie sind die Folge des verfehlten Anspruchs, epistemische Rationalität sei allein wissenschaftlich angemessen organisiert. Offenkundig können die Rationalitätskriterien und Normen der Wissenschaften auch auf die Organisation der epistemischen Souveränität angewendet werden. Zunächst scheinen sich die Mertonschen Normen kaum von einer eingeschränkten Kommunikation, wie sie Habermas fordert, zu unterscheiden.<sup>673</sup> Gleichmaßen beschreiben sie eine Organisation der Kommunikation

---

<sup>671</sup> Programmatisch festgehalten etwa in Foucault (1978).

<sup>672</sup> Mittelstrass (2001: 20).

<sup>673</sup> Vgl. etwa die Beschreibung der idealen Sprechsituation in Habermas (1984: 174-183).

die idealtypisch mit dem Konzept des Urzustands bei Rawls übereinstimmt.<sup>674</sup> Die Mertonschen Normen erfassen einzig einen epistemischen Egalitarismus, der den sozial organisierten Begründungsdruck rechtfertigt und auch für Bereiche außerhalb der Wissenschaften gilt. Insofern hat Weingarts Hinweis auf deren Vorbildfunktion durchaus seine Berechtigung. Gleichwohl genügt es epistemologisch, dass Begründungen auf geteilten und als vernünftig erachteten Überzeugungen beruhen, die nicht nochmals irgendwie außerlebensweltlich gerechtfertigt werden.<sup>675</sup> Insofern besteht der Unterschied zwischen alltäglichen Begründungen und wissenschaftlichen Beweisführungen in den Anforderungen, die an geteilte Überzeugungen gestellt werden. Die entscheidende Differenz liegt jedoch nicht in der Wahrheitsorientierung oder darin, dass angeblich nur die Wissenschaften Überzeugungen problematisieren.

Demzufolge beschreibt der Mertonsche Ethos den moderne Ethos schlechthin, und die entsprechenden Normen sind nicht mehr in einem substantiellen Sinn spezifisch für die Wissenschaften (entschränkte Kommunikation ist schließlich ebenso fundamental für die rechtlichen Diskurse). Dann vermögen sie aber auch nicht das Wissenschaftssystem funktional anhand dieser Normen von anderen gesellschaftlichen Systemen klar zu unterscheiden, und die Idee ist dann nicht ausreichend spezifisch für das Wissenschaftssystem. Deshalb kann gestützt auf diese Idee die epistemische Autorität eines historisch kontingenten Wissenschaftssystem nicht gerechtfertigt werden. Bezüglich der Frage, ob epistemische Souveränität durch die Wissenschaften organisiert werden sollte, zeigt sich schließlich, dass sich die exklusive und umfassende Kompetenzabtretung an die Wissenschaften nicht rechtfertigen lässt, da der wissenschaftliche Ethos als epistemischer Ethos gleichermaßen auch außerhalb der Wissenschaften gilt.

Die Mertonschen Normen erläutern die institutionelle Grundidee der Wissenschaften. Exklusiv ist diese nur, wenn die funktionale Differenzierung schon vorausgesetzt wird. Unter diesen Umständen handelt es sich um Begriffsklärung, aber eine wirkliche Begründung der epistemischen Autorität der Wissenschaften ist aus solch einem Zirkelschluss nicht herauszuholen. Zudem bleibt unbeantwortet, wie das Verhältnis zwischen dem Kontext der Rechtfertigung wissenschaftlicher Expertise einerseits und dem politischen und rechtlichen Bedeutungskontext andererseits epistemisch zu differenzieren wäre. Und dies war die Ausgangsfrage, die dahingehend

---

<sup>674</sup> Vgl. Rawls (1998: 89-97).

<sup>675</sup> Gegen dieses Erfordernis siehe die Einwände in Larmore (2000, 2001).

geklärt werden sollte, ob die Wissenschaften epistemische Souveränität angemessen organisieren können. Es hat sich gezeigt, dass das Privileg wissenschaftlicher Expertise nicht mehr trennscharf begründet werden kann, indem bloß auf die funktionale Differenzierung und das Vernunftwesen des Menschen verwiesen wird. Im Konflikt zwischen epistemischem Privileg der Wissenschaften und epistemischer Souveränität können Hinweise auf die Funktionsbereiche von Wissenschaft und von Recht die anstehenden Grenzbereinigungen im Bedeutungskontext nicht klären; denn nicht die Kernkompetenzen sondern die Reichweite der Kompetenzen werden bei diesen Abgrenzungsproblemen in Frage gestellt.

### 3.1.2.3 *Demokratisierung von Expertise und epistemischer Paternalismus*

Der vage Vorschlag, Expertise und Wissenschaft zu demokratisieren, zeigt, welche Schwierigkeiten bei der Grenzbereinigung zwischen Wissenschaft und Politik im Bedeutungskontext für einen funktionalistischen Ansatz entstehen, wie in Weingart vertritt. Die Rede von der Demokratisierung der Expertise scheint zunächst die Probleme allfälliger Vermachtung von Wissen zu lösen. Indes bleiben rechtstheoretische Fragen unbeantwortet, die insbesondere das erste Kriterium legitimer Qualifikation betreffen. Paradoxerweise kann nämlich die angestrebte Demokratisierung zu einem epistemischen Paternalismus führen, wenn politische Auseinandersetzungen durch Expertisen und Gegenexpertisen dominiert werden, die in einem engen Rahmen wissenschaftlicher Erörterung gefangen bleiben.

Wenn Expertise demokratisiert werden soll, dann scheint die Organisation des Wissenschaftssystems in Gefahr und pseudowissenschaftliche Behauptungen könnten überhaupt nicht mehr aus dem öffentlichen Diskurs verbannt werden. Weingart versucht, die Grenzlinie zwischen Wissenschaft einerseits und Recht sowie Politik andererseits zu ziehen, indem er auf das Kontinuum zwischen gesichertem zu ungesichertem Wissen verweist. Er beklagt die Entwicklung, dass Sachverständige in politischen Auseinandersetzungen zunehmend auf ungesichertes, hypothetisches Wissen zurückgreifen, um (politische) Anliegen durchzusetzen.<sup>676</sup> Weingart zufolge sollten Kontroversen zwischen Expertise und Gegenexpertise innerwissenschaftlich

---

<sup>676</sup> Weingart (2001: 328). Vgl. auch die Kritik von van den Daele (1997: 227) an der anhaltenden Vermutung von Risiken der Gentechnik: „Die öffentliche Auseinandersetzung über die Gentechnik konzentriert sich jedoch immer weniger auf die erkennbaren (und damit auch kontrollierbaren) Risiken als auf die vermuteten und verborgenen Risiken, die man weder erkennen noch kontrollieren kann. Die Vermutung solcher Risiken ist unwiderlegt, weil sie unwiderlegbar ist; aber es haben sich in den letzten 20 Jahren auch keinerlei

entschieden werden. Die „*Demokratisierung* des Expertenwissens“ besteht daher „in der im Prinzip gegebenen allgemeinen Zugänglichkeit und im faktischen Zugriff auf wissenschaftliche Expertise seitens aller Gruppen des politischen Spektrums, Regierung, Opposition und sozialer Bewegungen“. <sup>677</sup> Vergleichbar soll gemäss Habermas das politische Steuerungswissen nicht von der Administration monopolisiert werden, sondern das in den Verwaltungen verwendete Fachwissen sollte immer wieder mit wissenschaftlichen Erkenntnissen konfrontiert werden; denn indem Akteure aus der Zivilgesellschaft auf Gegenwissen zurückgreifen und mobilisieren, könne die Gefahr einer illegitimen Machtentfaltung eingedämmt werden. <sup>678</sup>

Gleichwohl bleibt jegliche weitere Bedeutung der Demokratisierung der Expertise im Dunkeln. Denn eine derartige Demokratisierung, bei der jedes politische Anliegen seine wissenschaftlichen Argumente frei auswählen kann, eröffnet zwar den Zugang zu vielfältigen Wissensbeständen, sagt aber nichts Neues darüber aus, mit welchen Mitteln eine Schließung von Kontroversen um Typologien im Bedeutungskontext erreicht werden sollte. Sie verlangt nach wie vor, dass geteilte Überzeugungen durch die Wissenschaften zu rationalisieren seien, und dehnt einzig den Wissensaustausch im Sinne des Mertonschen Kommunalismus über die Grenzen der Wissenschaften aus. Demokratisierung geht nach diesem Verständnis nicht über die öffentliche Transparenz von Kontroversen und Begründungen hinaus. Sie rüttelt nicht an der Auffassung, dass derlei Kontroversen einzig wissenschaftlich geschlossen werden sollen. Weingart hat mit seiner Forderung nach Demokratisierung nicht im Sinn, auf andere Schließungsmechanismen als die wissenschaftlichen zurückzugreifen. Denn die Wissenschaft wendet sich aufgrund der funktionalen Differenzierung zunächst nicht an ein außerwissenschaftliches Publikum. Die Wissenschaft „ist vielmehr ihr eigenes Publikum“ und die Differenzierung geht „mit der Privilegierung wissenschaftlichen Wissens gegenüber anderen Wissensformen“ einher, was „unter den Bedingungen der säkularen Demokratisierung der Teilhabechancen zum Ärgernis“ wird. <sup>679</sup> Wenn ein außerwissenschaftliches Publikum angesprochen werden soll, so sind dies gemäss Weingart zunächst Politiker, die sich wie auch die Medien oder die Wirtschaft auf die Öffentlichkeit berufen, und ihr bestimmte Interessen unterstellen. <sup>680</sup> Wenn die Öffentlichkeit auf diese Weise als argumentative Ressource für

---

Hinweise ergeben, dass sie berechtigt ist, d.h. es haben sich keine neuartigen Risiken gezeigt. Darüber hinaus ist die Vermutung ebenfalls in den Sog des Vergleichs geraten.“

<sup>677</sup> Weingart (2001: 131).

<sup>678</sup> Siehe Habermas (1992: 450f.).

<sup>679</sup> Weingart (2001: 344).

<sup>680</sup> In diesem Sinn Weingart (2001: 345).

Eigeninteressen gegenüber der wissenschaftlichen Wissensproduktion missbraucht wird, dann gefährdet dies die funktionale Aufgabenteilung zwischen Wissenschaft und Politik. Doch das „Gefälle der Institutionalisierungsformen und damit die Stabilisierung von Wissen bleibt erhalten“<sup>681</sup>; denn es „gibt keine anderen Adressen für gesichertes Wissen“<sup>682</sup>. Auf diese Weise bleiben alle epistemischen Fragen im Bannkreis der Wissenschaften gefangen. Dagegen schlage ich mit der epistemischen Souveränität eine abweichende Konzeption vor, die eine rechtliche Schließung von Kontroversen im Vollzug ermöglicht.

Demokratisierung der Expertise und epistemische Souveränität stehen für zwei unterschiedliche normative Ansprüche gegenüber der Wissensproduktion: Einmal soll Wissen öffentlich zugänglich sein. Unter diesem Blickwinkel wird Wissen als ein öffentliches Gut betrachtet, das gerecht verteilt werden muss. Das ist Weingarts Position, die das epistemische Privileg der Wissenschaften nicht in Frage stellt. Anders wenn epistemische Souveränität gegenüber dem Privileg stark gemacht wird. Dann geht es nicht nur um die Öffentlichkeit der Resultate, sondern darum, in welchen Foren die Resultate erzeugt und begutachtet werden. Im Bedeutungskontext ist die maßgebliche Handlungsordnung nicht notwendigerweise die wissenschaftliche Ordnung, sondern entscheidend für die rechtsstaatliche Regulation ist das Niveau der Rechte, das durch die gewählten Qualifikationen nicht gesenkt werden darf. Wenn Weingart auf den Kernbestand gesicherten Wissens verweist, dann wirkt er gerade einer solchen epistemischen Erweiterung entgegen. Die Demokratisierung der Expertise, die er im Sinn führt, beschränkt sich auf die öffentliche Transparenz von Auseinandersetzungen und belässt die maßgeblichen epistemischen Konsensmechanismen beim Wissenschaftssystem. Gleichzeitig soll der Zugang zum Wissenschaftssystem erleichtert werden: Wissen soll für alle verfügbar sein, und Wissensansprüche sollen unvoreingenommen durch das Wissenschaftssystem geprüft werden.

Letztlich überzeugt Weingarts Absicht nicht, mit dem Gespann aus wissenschaftlich gesichertem Wissen und Demokratisierung der Expertise – zu verstehen als deren Pluralisierung – die Krise der rechtlich abgestützten Technologiesteuerung zu überwinden. Doch nicht nur die Argumente Weingarts sind unzureichend, auch die weiteren gesellschaftlichen Folgen wären bedenklich, wenn sich die Gesellschaft im Sinn von Weingart an die Wissenschaften fesseln

---

<sup>681</sup> Weingart (2001: 352).

<sup>682</sup> Weingart (2001: 353).

würde: Erstens bindet die Gesellschaft ihre Lernprozesse in überflüssiger Weise an den wissenschaftlichen Fortschritt. Zweitens droht infolge der gesellschaftlichen Bindung an wissenschaftliche Expertise ein epistemischer Paternalismus.

Bedenken, die mit dem ersten Einwand geäußert werden, habe ich bereits im Zusammenhang mit der Ausweitung der Handlungshorizonte und der Sorge von Habermas diskutiert, dass der erweiterte Zeithorizont gesellschaftliche Entscheidungen immer stärker an wissenschaftliche Expertisen bindet und eine demokratische Steuerung erschwert.<sup>683</sup> Dasselbe Problem stellt sich auch hier: Weingart setzt darauf, dass sich Öffentlichkeit und Politik an das Wissenschaftssystem binden lassen, indem sie diesem das Vertrauen schenken. Allerdings hat diese zur Folge, dass die Entwicklung epistemischer Räume von der Entfaltung wissenschaftlicher Erkenntnisse abhängig wird. Dies führt neben der funktionalen Bevorzugung, die nicht gerechtfertigt werden kann, dazu, dass der gesellschaftliche Umgang mit Technologien oder deren Regulation von einem bereits verfügbaren Konsens in den Wissenschaften abhängig wird. Die wissenschaftsinterne Demokratisierung der Expertise soll den Austausch von Begründungen intensivieren und den Begründungsdruck erhöhen, woraus sich Weingart offenbar eine Beschleunigung der Konsensbildung und eine größere Verlässlichkeit wissenschaftlicher Expertise erhofft. Da aber bei der Technologiesteuerung der Umgang mit vielfältigen Unsicherheiten und Risiken geregelt werden muss, kann meist nicht die abschließende wissenschaftliche Aufklärung abgewartet werden. Zudem binden sich Öffentlichkeit und Politik an die Auflage, enttäuschte Erwartungen und Unsicherheiten im Zusammenhang mit der Entwicklung von Technologien vorwiegend wissenschaftlich zu lösen.

Schließlich versetzen Argumente zugunsten der Nachhaltigkeit die Sachverständigen scheinbar in die Rolle der Fürsprecher zukünftiger Generationen. Doch sollten dabei drei Hinsichten unterschieden werden: Zum einen kann die wissenschaftliche Prognose die Zustimmung des Publikums nicht ersetzen: Die Schwierigkeit besteht insbesondere im verengenden Blickwinkel auf die zu lösenden Probleme, die durch theoretische Darstellungen der Wissenschaften reduziert werden. Ob nun ein erweiterter Prognosehorizont durch die Wissenschaften oder eine umfassendere Perspektive aufgrund geteilter Überzeugungen für die zukünftigen Generationen legitimer ist, lässt sich meines Erachtens nicht prinzipiell entscheiden. Wichtig sind dagegen zum anderen wissenschaftlich abgestützte Erkenntnisse zum Ressourcenverbrauch oder zu irreversiblen Schäden an der

<sup>683</sup>

Vgl. Habermas (1992: 522f.).

Umwelt. Derlei Argumente müssen aber ebenfalls in einem breiteren Zusammenhang des Geflechts der Handlungsordnungen gesehen werden. Die Gefahr ist schließlich, dass Entscheidungen aufgrund reduzierter theoretischer Darstellungen bevormundend gefällt werden und das Anliegen der Nachhaltigkeit in einen Paternalismus umschlägt. Dadurch wird die Möglichkeit behindert, Probleme im Umgang mit Technologien durch soziale Innovationen zu lösen, indem Handlungsordnungen neu geordnet werden.

Abschließend möchte ich mich daher dem epistemischen Paternalismus zuwenden und den zweiten Einwand darlegen. Dieser geht von der verbreiteten Annahme aus, dass wissenschaftliche Studien, die Grundlage für einen rationalen Umgang mit neuen Technologien bereitstellen. Da eine vertiefte, wissenschaftliche Einsicht in die Zusammenhänge von Technologieentwicklungen klugerweise nicht zurückgewiesen werden sollte, betrifft mein Einwand nicht den Erkenntnisgewinn wissenschaftlicher Studien. Der Einwand bezieht sich auf das Design vieler Studien, die Maßnahmen bei der Regulation von Technologien begründen sollen. Trotz dieser wissenschaftssoziologischen Grundlage geht der Einwand über eine bloß empirisch kontingente Randnotiz hinaus. Zwar ist es eine wissenschafts- und techniksoziologische Feststellung, dass in solchen Studien wissenschaftliche Relevanzkriterien und disziplinäre Hierarchien reproduziert werden,<sup>684</sup> aber die Frage, zu wessen Vorteil allenfalls erstarrte epistemische Ordnungen aufgebrochen werden sollen, verweist auf die Anforderungen epistemischer Souveränität. Das Kernproblem ist nach meiner Ansicht, dass bei Studien, die die Regulation begleiten, nicht die Öffentlichkeit darüber bestimmt, was wissenschaftlich untersucht werden soll, sondern dass die wissenschaftlichen Studien bestimmen, was die Öffentlichkeit zu interessieren hat.<sup>685</sup>

Brian Wynne hat wissenschaftliche Studien untersucht, die in Europa im Auftrag von Behörden aber auch von Nichtregierungsorganisationen zur Anwendung der Gentechnologie im Nahrungsmittelbereich durchgeführt wurden. Dabei stellt er fest, dass diese Studien ein Befremden in der Öffentlichkeit auslösen müssen, da sie sich der öffentlichen Bedenken in einer entmündigenden Weise annehmen:

[T]he dominant discourse of public concerns – including the recently more influential ethical dimensions – habitually projects the public and its concerns as epistemically vacuous, thus of strictly limited status, and justifying strictly limited kinds of response on the part of the dominant institutions and their scientific culture.<sup>686</sup>

---

<sup>684</sup> Siehe dazu die etwa die Analyse von Wynne (2001).

<sup>685</sup> Zur Konzeptualisierung der betroffenen Laien durch die Sachverständigen siehe Nowotny (1999) oder Maranta et al. (2003).

<sup>686</sup> Wynne (2001: 474).



Die Studien qualifizieren Personen, die im Alltag mit Problemen der Gentechnologie konfrontiert werden, in einer Weise, dass sie keine eigenständigen, epistemisch relevanten Überzeugungen mitbringen. Überzeugungen, die nicht schon natur- und ingenieurwissenschaftlich oder ethisch gerechtfertigt sind, werden in diesen Studien nicht berücksichtigt, so dass ein Bild des öffentlichen Umgangs mit Technologien gezeichnet wird, bei dem neben den theoretisch erhärteten Handlungsordnungen keine anderen für die Fragen der Regulation erheblichen Handlungsordnungen auftauchen. Ein solches Vorgehen widerspricht zutiefst den Anforderungen des ersten Kriteriums für legitime Qualifikationen.

Aber auch das zweite Kriterium wird verletzt, da in die Studien Wertvorstellungen einfließen, die insbesondere die Handlungskompetenzen der nichtwissenschaftlichen Akteure betreffen:

In summary, all the dominant approaches assume that ethical concerns can either be scientifically defined – by defining (and weighing) consequences – or else they are solely matters of private, individual choice which can be resolved by market mechanisms alone.<sup>687</sup>

In solch einem Design wird gar nicht die Frage aufgeworfen, ob es ausschlaggebende geteilte Überzeugungen gibt, die zwar nicht wissenschaftlich erhärtet sind, und gleichwohl mehr als aggregierte individuelle Präferenzen darstellen. Auf diese Weise wird das ganze vielschichtige institutionelle Verständnis ausgeblendet, das die Menschen im alltäglichen Umgang mit Technologien oder bei anderen gewöhnlichen Verrichtungen mitbringen. Technologien werden folglich in solchen Studien auf die wissenschaftlich explizit gemachten und organisierten Aussagen reduziert. Technologie als explizite Organisation, vertreten durch wissenschaftliche Sachverständige, und Recht als Organisation, vertreten durch Behörden, booten dadurch das institutionelle Verständnis dafür aus, welche Gestalt eine angemessene Regulation von Technologien annehmen sollte.

Freilich haben Gegenexpertisen von Nichtregierungsorganisationen viele erstarrte wissenschaftliche Wahrnehmungsmuster aufgebrochen und deren Vertreter sitzen häufig in Konsultativgremien von Regierungen.<sup>688</sup> Gegen derlei Entwicklungen beklagen manche die spekulativen Risikoszenarien, die gerade durch solche Vertreter – namentlich im Zusammenhang mit der Gentechnologie – immer wieder vorgebracht werden.<sup>689</sup> Aber solche Spekulationen sollten nicht als Ausdruck eines

---

<sup>687</sup> Wynne (2001: 446f.).

<sup>688</sup> Zur Rolle von Repräsentanten aus Nichtregierungsorganisationen siehe Jasanoff (1997).

<sup>689</sup> Siehe etwa van den Daele (1997: 227).

wissenschaftlichen Zerfalls beargwöhnt werden, sondern sie sollten als Symptom für ein rechtstheoretisch schwerwiegenderes Problem erkannt werden: Wissen über Technologien, das in Vollzugsmaßnahmen einfließt, zeigt Technologien als wissenschaftlich explizit gemachte Formen der Organisation. Solange für den Vollzug nur solche theoretische Darstellungen von Technologien von den Behörden anerkannt werden, müssen sich Gegenexpertisen an den wissenschaftlichen Studien abarbeiten und Einwände im Rahmen dieser Agenda vorbringen, was zu absurden wissenschaftlichen Spekulationen führen kann.

Die Forderung, dass für Fragen des Rechts und der Politik eine theoretische Darstellung von Technologien vorliegen muss, ist ein schwerwiegender Irrtum. Für die Rechtsanwendung müssen die situativen Zusammenhänge von Technologien zur Sprache kommen, was geteilte Überzeugungen jedoch keine umfassende Theorie voraussetzt. Aber auch für die Gesetzgebung sind bloß geteilte Überzeugungen hinsichtlich der gleichbleibenden Umstände erforderlich. Rechtstheoretisch ist unerheblich, ob diese Überzeugungen die Gestalt von wissenschaftlichen Theorien annehmen. Denn für den öffentlichen und alltäglichen Umgang mit Technologien gilt dasselbe wie für andere Zusammenhänge im Alltag, wenn er für politische und rechtliche Fragestellungen berücksichtigt werden soll: Entscheidend ist demokratietheoretisch nicht die Zustimmung aufgrund wissenschaftlich gerechtfertigter Überzeugungen, sondern dass ein Vorschlag aufgrund der geteilten und gemeinsam reflektierten Überzeugungen anerkannt wird. Mit anderen Worten: Für Studien zuhanden der Vollzugsbehörden müssen die tatsächlichen epistemischen Überzeugungen über Technologien in der Bevölkerung ausschlaggebend sein und nicht die wissenschaftlich erhärteten, theoretischen Darstellungen. In diesem Licht gewinnen Dialoge zwischen Wissenschaft und Öffentlichkeit eine wirklich symmetrische Bedeutung.

Meine Bedenken gegen Habermas' Empfehlung die Organisationen der Zivilgesellschaft zu stärken, gehen aus diesen Überlegungen hervor. Sicherlich kann nichts dagegen eingewendet werden, wenn solche Organisationen sich bemühen, die Anliegen der Öffentlichkeit gegenüber den Behörden stark zu machen. Aber allein dadurch, dass diese Organisationen auch gehört werden, wird das tiefer liegende Problem nicht beseitigt. Solange nur theoretische Darstellungen von Technologien gestützt auf wissenschaftlich erhärteten Aussagen allfällige Vollzugsmaßnahmen begründen können, sind alternative Qualifikationen aus den Typologien rechtserheblicher Sachverhalte ausgeschlossen, die sich auf nicht wissenschaftliche Handlungsordnungen stützen. Rechtsträger epistemischer Souveränität sind buchstäblich

alle, wie ich in meinen Ausführungen zur Organisation epistemischer Souveränität deutlich gemacht habe. Die Einschränkung dieses Anspruchs auf Organisationen der Zivilgesellschaft oder auf Sachverständige ist deswegen gleichermaßen unzulässig.

### 3.1.3 Antagonismen und epistemische Repräsentationen

Zum Ende möchte ich nochmals an den Anfang zurückkehren und die Frage aufwerfen, warum es denn überhaupt zu den sekundären Naturwüchsigkeiten im Sinn von nicht legitimierten Typologien rechtserheblicher Sachverhalte kommt, die Habermas in den Verwaltungen beklagt.<sup>690</sup>

Habermas' Antwort weist auf die Allianzen zwischen Verwaltungen und Sachverständigen sowie die damit verbundene illegitime Machtentfaltung hin, deren Symptom sekundäre Naturwüchsigkeiten sind, die als nicht legitimierte Maßstäbe der Rechtsanwendung den Vollzug festlegen. Diese Phänomene erklärt er mit der allgemeinen Spannung zwischen Faktizität und Geltung: Der Anspruch auf eine legitime Rechtsordnung muss sich immer wieder an den faktischen Ordnungen abarbeiten. Das Eigeninteresse der sozial mächtigen Akteure ist für Habermas ein mögliches Motiv für die Allianzenbildung, die rechtssoziologisch von Bedeutung ist, hingegen rechtstheoretisch keine besonderen Herausforderungen darstellt. Gestützt auf Mary Douglas' These, dass Institutionen notwendig auf Naturalisierungen beruhen, habe ich dargelegt, dass Naturalisierungen im Recht unvermeidlich sind.<sup>691</sup> Doch Douglas' These erläutert nicht, warum diese Naturalisierungen als illegitim wahrgenommen werden. Erklärungsbedürftig ist, warum es zu Naturalisierungen in den Verwaltungen kommt, die nicht dem allgemeinen Verständnis und den geteilten Überzeugungen entsprechen und in diesem Sinn als sekundär gelten können.

Abschließend möchte ich zeigen, dass die Freiheitsrechte, die sowohl die private wie auch die öffentliche Autonomie schützen, Antagonismen zwischen Technologie und Recht hervorrufen, die durch sekundäre Naturwüchsigkeiten verschleiert werden sollen. Das Motiv, im Vollzug auf sekundäre Naturwüchsigkeiten zurückzugreifen, so lautet meine These, ist nicht Eigeninteresse, sondern das Bedürfnis die Mängel einer Rechtsordnung zu kaschieren, die unzureichend bleiben muss, solange epistemische Souveränität nicht entfaltet ist. Die Verwaltungen sehen sich mit epistemischen Repräsentationen konfrontiert, die zwei unterschiedliche freiheitsrechtliche

<sup>690</sup>

Zu diesem Phänomen siehe insbesondere Habermas (1992: 518f.).

Ursprünge haben: Technologien entfalten sich aus Handlungsordnungen, indem Individuen oder Gruppen ihre persönlichen Freiheitsrechte wahrnehmen. Dabei entwickeln sie nicht nur die Technologie als Gefüge materieller Artefakte, sondern desgleichen werden Automatismen, Selbstverständlichkeiten, Überzeugungen und Theorien verbreitet, dank derer die Technologie überhaupt funktioniert. Im Falle einer Regulation sollte der Vollzug als Teil des Rechts jedoch nicht auf die partikularen Überzeugungen und Werte derjenigen abstellen, die die Technologie entwickelt haben, sondern die Behörden sollten ihre Maßnahmen mit Blick auf allgemein geteilte Überzeugungen in der Rechtsgemeinschaft begründen. Die epistemischen Repräsentationen, die mit der Technologie entwickelt wurden, stehen den Anforderungen gegenüber, die Maßnahmen auf epistemische Repräsentationen abzustützen, die im Sinn der Rechtsgemeinschaft sind. Die Schwierigkeit ist nun, diesen zweiten Typus epistemischer Repräsentationen zu ermitteln, der den Typologien rechtserheblicher Sachverhalte zu Grunde gelegt werden soll. Die Vorstellung, allgemeingültige Wahrheiten in der primären Natur der Technologie oder deren korrekter theoretischer Darstellung nachzuweisen, führen in die Irre. Typologien sind keine Entdeckungen sondern soziale Innovationen. Die Antagonismen zwischen individuellen und politischen Freiheitsrechten entstehen, weil diese Freiheitsrechte die Kompetenz zu gesellschaftsverändernden Innovationen unterschiedlich verorten. Diese in der Grundstruktur moderner Rechtsstaaten angelegte Spannung hat Folgen für die epistemischen Repräsentationen, die als Überzeugungen in Handlungskoordinationen vorausgesetzt werden. Autonomes Handeln bleibt demzufolge entscheidend abhängig davon, woher die Repräsentationen stammen. Die epistemische Repräsentation des Souveräns, die die geteilten Überzeugungen zum Ausdruck bringen sollte, sieht sich mit Überzeugungen und Qualifikationen von Personen und Dingen konfrontiert, die ständig in Handlungsordnungen autonom handelnder Personen neu entstehen, weiterentwickelt und verändert werden.

### *3.1.3.1 Antagonismen zwischen Technologie und Recht*

Die Antagonismen zwischen Technologie und Recht untersuche ich nicht mit Blick auf singuläre Auseinandersetzungen um Risiken und unerwünschte Folgen von technologischen Entwicklungen. Zweifellos ist die Analyse solcher Kontroversen informativ, jedoch möchte ich auf ein grundsätzlicheres Spannungsverhältnis zwischen technologischen und rechtlichen Innovationen aufmerksam machen.

---

<sup>691</sup>

Siehe Douglas (1991: 79-112).

Diese Spannung wird anschaulich, wenn das Augenmerk auf die rechtsförmige Orientierung dieser beiden Formen der Innovation gerichtet wird. Diese Orientierung verortet die Kompetenz zu gesellschaftlich wirksamen Innovationen entweder in individuell oder gemeinschaftlich wahrgenommener Autonomie: Dank individueller Freiheitsrechte dürfen einzelne Personen oder Gruppen Handlungsordnungen autonom gestalten, die sich unter günstigen Umständen entfalten und so zu einem bedeutenden Bestandteil im Geflecht der Handlungsordnungen werden, die die Gesellschaftsordnung ausmachen. Dagegen wird die Autonomie gestützt auf politische Rechte gemeinschaftlich wahrgenommen, so dass kraft der Selbstgesetzgebung allen eine verbindliche Rechtsordnung auferlegt wird, die Bedingungen für die Handlungskoordination bestimmt.

Die Grundstruktur des Antagonismus beruht auf der unterschiedlichen Art und Weise, wie überindividuell wirksame Handlungssteuerungen erzeugt werden und wie Technologien und Recht derartige überindividuelle Strukturen stabilisieren. Technologien streben Stabilität durch Verlässlichkeit und Automatismen an, und ihre Produzenten trachten danach, Technologien mittels deren Vermarktung gesellschaftlich zu verbreiten. Die Akteure nehmen dabei verschiedene Freiheitsrechte in Anspruch: Die persönliche Freiheit und die Forschungsfreiheit garantieren das Recht auf Erfindungen; die Meinungs- und insbesondere die Wissenschaftsfreiheit gewährleisten, dass die Überzeugungen verbreitet werden dürfen, auf die sich Technologien stützen; und schließlich stellt die Wirtschaftsfreiheit sicher, dass die Technologien als Produkte vermarktet werden können, und sie ermöglicht, dass Erfindungen durch Patente geschützt werden können. Auf der anderen Seite sucht das Recht, Stabilität kraft einer legitimierenden sozialen Integration sowie durch Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit zu erreichen. Hierbei werden politische Rechte wahrgenommen, und der Anspruch auf Rechtsgleichheit wird erhoben. In der Folge unterscheiden sich Technologie und Recht darin, dass sie gegensätzlich auf Reflexivität reagieren. Recht sucht Legitimation durch gemeinschaftliche Reflexion, während Technologie Verlässlichkeit anstrebt, indem gemeinschaftliche Reflexion vermieden und durch individuelle Entscheidungen ersetzt wird. Offensichtlich lassen beide Reflexion zu, doch deren Verortung überkreuzt sich im Anwendungskontext. Das Recht strebt einen prinzipiengeleiteten verlässlichen Vollzug an, weshalb Interpretationsspielräume im Vollzug möglichst begrenzt bleiben sollen. Dagegen nutzen Individuen Technologien immer wieder in überraschender und innovativer Weise, indem sie in begrenzten Handlungskontexten Entscheidungen über deren möglichen Gebrauch fällen. Die Entwicklung von Technologien ist daher abhängig von sozialen

Gruppen, die durch ihre Bedürfnisse deren Verbreitung und Ausgestaltung bestimmen.<sup>692</sup> Kurz: Innovation soll im Recht ein gesamtgesellschaftlicher Akt sein, während Innovation bei Technologien einen Akt von Individuen oder Gruppen darstellt. Die Verortung der Reflexion legt fest, wo und in welcher Form Entscheidungen gefällt werden können, und sie bestimmt, inwiefern Handlungsspielräume eröffnet werden.

Diese zwei Formen der Innovation können unproblematisch nebeneinander bestehen bleiben, solange unterstellt wird, dass das Recht nur die Rahmenbedingungen vorgibt, innerhalb derer Freiheiten genutzt und Handlungen autonom koordiniert werden, und angenommen werden kann, dass für alle Akteure die maßgebliche Ordnung dieselbe sei. Ein Pluralismus der Ordnungen ist in einer solchen Konzeption nicht vorgesehen. Daher bleiben Recht und Technologie nur solange in dieser grundrechtlich differenzierten Weise unabhängig voneinander, wie die epistemischen Dimensionen des Vollzugs unberücksichtigt bleiben.

Der Vollzug des Regulationsrecht stützt sich meist auf Technologien, mit denen etwa Spuren gentechnisch veränderten Materials, Schadstoffe, Strahlungen, die Belastbarkeit von Apparaten und dergleichen mehr gemessen werden. Derlei Technologien, auf die sich der Vollzug im Regulationsrecht stützt, bestimmen den nachweisbaren Gehalt von Typologien rechtserheblicher Sachverhalte. Solche Technologien nenne ich Regulationstechnologien.<sup>693</sup> Diese dienen dazu, den Vollzug durch technische Automatismen zu festigen. Der Vollzug ist auf Entscheidungsverfahren und Entscheidungstechniken angewiesen, um einen verlässlichen Vollzug und die Rechtssicherheit zu gewährleisten. Die Behörden verwenden dazu vielfältige Techniken, die Ermessensspielräume durch feste «wenn-dann» Koppelungen verringern. Diese Koppelungen sind argumentationslogisch nichts anderes als Toulmins Schlussregeln,<sup>694</sup> die im Vollzug an technische Apparate delegiert werden.<sup>695</sup> Die kognitiven Strukturen der Schlussregeln und der technischen Apparaturen müssen dazu in Deckung gebracht werden. Das bedeutet, dass die Qualifikationen von Personen und Dingen, die gemäß der Typologien rechtserheblicher Sachverhalte maß-

---

<sup>692</sup> Vgl. insbesondere das Konzept sozial relevanter Gruppen in der Techniksoziologie, die Technologien als soziale Konstruktionen erklärt, bei Bijker, Wiebe E. & Trevor Pinch (1987: 28-40). Winner (1993: 369) kritisiert an diesem Konzept die normativen Implikationen, da faktisch relevante Gruppen nicht selbstverständlich auch die Gruppen sind, die als Betroffene über die Entwicklung einer Technologie mitentscheiden müssten.

<sup>693</sup> Vgl. zum Konzept der Regulationstechnologien auch Maranta (2002: 49-61).

<sup>694</sup> Siehe zu Schlussregeln Toulmin (1996: 88-98).

<sup>695</sup> Zum Konzept der Delegation von Aufgaben an Dinge siehe etwa Latour (2000: 230-232).

geblich sein sollten, nochmals an die kognitiven Strukturen der technischen Apparaturen angepasst werden müssen. Dies lässt sich am Beispiel der Kennzeichnungspflicht für gentechnisch veränderte Lebensmittel veranschaulichen: Die Qualifikationen von Personen und Dingen, die für die Revision ausschlaggebend sind, beziehen sich auf die Handlungsordnung des Marktes. Gleichwohl wird der Vollzug der Kennzeichnung durch Laboranalysen kontrolliert. Welche Rechte und Pflichten die Akteure haben, wird mit Blick auf die Gegebenheiten auf dem Weltmarkt beurteilt. Dagegen erfolgt die Kontrolle, ob die Akteure ihre Pflichten auch tatsächlich erfüllen, gestützt auf Technologien. Dies hat für die Behörden den offensichtlichen Vorteil, dass sie das Verantwortungsbewusstsein der Akteure im Handel nicht direkt einer Prüfung unterziehen müssen, sondern dieses anhand von wissenschaftlich feststellbaren Tatsachen ermitteln. An die Stelle einer Gewissensprüfung tritt die Feststellung von wissenschaftlichen Fakten. Dazu muss aber unterstellt werden können, dass derlei Fakten auch tatsächlich belegen, dass nicht gewissenhaft gehandelt wurde.

Regulationstechnologien setzen folglich ein Geflecht von Überzeugungen voraus: Erstens müssen die Typologien rechtserheblicher Sachverhalte geteilte Überzeugungen wiedergeben und im Sinn der Legitimationskriterien legitim sein. Zweitens muss angenommen werden können, dass die im Vollzug verwendeten Technologien verlässlich sind. Drittens muss davon ausgegangen werden können, dass die gemessenen Fakten mit mehr oder weniger gewissenhaftem Handeln in Wechselbeziehung stehen. Insbesondere müssen sie tatsächlich Fehlverhalten messen können. Dies setzt viertens geteilte Überzeugungen darüber voraus, was als normales Handeln erwartet werden darf, und welche Auswirkungen solches Handeln hat. Eine Regulationstechnologie ist folglich nur dann legitim, wenn die darin enthaltenen Qualifikationen die Legitimitätskriterien erfüllen und wenn all den gerade aufgezählten Anforderungen an die Annahmen, die das Funktionieren einer Regulationstechnologie sicherstellen sollen, nicht begründet widersprochen werden kann. Ein entsprechender Einwand muss den Bedingungen der Beweisführung epistemischer Souveränität genügen, so dass es beispielsweise nicht genügt, einem bestimmten technischen Messverfahren schlicht nicht zu trauen. Das heißt, Einwände müssen auf geteilten Überzeugungen beruhen, die stärker ins Gewicht fallen, als die Überzeugungen, die für das einwandfreie Funktionieren der Regulationstechnologie unterstellt werden.

Regulationstechnologien sind gleichermaßen im Recht wie in der Entwicklung von Technologien verwurzelt. Die Institutionen Recht und Technologien überlappen sich an dieser Stelle. Für die Legitimität von Regulationstechnologien ist entscheidend,

wie die ausschlaggebenden Überzeugungen allgemeingültig werden und argumentatives Gewicht entfalten. Da die rationale Akzeptierbarkeit von Überzeugungen von den Verständigungsverhältnissen abhängig ist,<sup>696</sup> ist von grundlegender Bedeutung, wer die Kompetenz hat, diese zu verändern. Wenn Institutionen durch Verfahren geschaffen und aufrechterhalten werden, dann hat eine Überlagerung wie im Falle von Technologie und Recht zur Folge, dass die Zuschreibung der Kompetenz, Neuerungen einzubringen, ambivalent wird. Neuerungen wären unproblematisch, solange sie einfache Entdeckungen in der Form «X ist Y» darstellten; also eine zweistellige Relation zwischen einer Aussage und einer Tatsache entdeckten. Unabhängig davon, ob ein solcher Fall überhaupt plausibel angenommen werden kann, ist er im Falle von Regulationstechnologien mit Sicherheit nicht gegeben. Die Aussage, dass Spuren über einem Massenprozent gentechnischen Materials bedeuten, dass ein Lebensmittel als gentechnisch verändert gekennzeichnet werden muss, ist keine Entdeckung sondern eine verbindliche rechtliche Festlegung. Sie wird wahr durch die Regeln des Rechts. Gleichmaßen ist die Aussage, dass durch die Veränderung des Genoms einer Pflanze ihr Phänotyp gezielt verändert werden kann, eine verbreitete Überzeugung im Forschungsalltag und in der Entwicklung von Anwendungen der Gentechnologie. Diese Aussage bewährt sich im Rahmen der Verständigungsverhältnisse gentechnologischer Forschung und Entwicklung und wird anhand der gentechnologischen Innovationen wahr.<sup>697</sup>

Beide Aussagen haben nicht die einfache Form «X ist Y», sondern sie sind zu analysieren als „«X zählt als Y im Kontext K»“<sup>698</sup>. Der Umstand, dass ein X als ein Y zählt, bedarf laut Searle einer konstitutiven Regel, die nicht allgemein wirksam ist, sondern auf einen Kontext beschränkt ist. Durch konstitutive Regeln wird einem physischen Gegenstand oder einer Person ein Status oder eine Funktion im Rahmen bestehender Institutionen zugeschrieben. Beispielsweise wird bedrucktes Papier, das von der Nationalbank als Zahlungsmittel privater oder öffentlicher Schulden deklariert wird, zu Geld. Offensichtlich genügt es nicht Papier einfach in gleicher Weise zu bedrucken, da es sich dann um Falschgeld handelt, was nur dadurch zu erklären ist, dass der Kontext mit konstitutiv dafür ist, dass tatsächlich richtiges Geld vor-

---

<sup>696</sup> Siehe Habermas (2001a: 35).

<sup>697</sup> Hacking (1999: 100-158) begründet, inwiefern die Wahrheit in den Naturwissenschaften zwar nicht beliebig ist aber doch an den Kontext gebunden ist, da die konkreten Erfordernisse an die korrekte Beweisführung immer von kontingenten Kommunikationsbedingungen abhängen.

<sup>698</sup> Searle (1997: 38).



liegt.<sup>699</sup> Antagonismen zwischen Technologie und Recht entstehen dadurch, dass für die Bedeutung desselben X, die eine spezifische Technologieentwicklung sein kann, konfligierende konstitutive Regeln gelten können, die gegensätzlich verortet sind und deren Gebrauch allenfalls zu divergierenden Zuschreibungen führt. Aus der Sicht der Handlungsordnung gilt formalisiert: «X zählt als Y<sub>1</sub> im Kontext K<sub>1</sub>». So ist beispielsweise die Gentechnologie (X) eine zukunftsweisende Innovation (Y<sub>1</sub>) in den Lebenswissenschaften und der Medizin (K<sub>1</sub>). Dagegen gilt für die Rechtsgemeinschaft möglicherweise: «X zählt als Y<sub>2</sub> im Kontext K<sub>2</sub>»; also etwa: Die Gentechnologie (X) birgt Gefahren (Y<sub>2</sub>) für die Rechts- und Gesellschaftsordnung (K<sub>2</sub>). Entscheidend ist nun nicht einfach herauszufinden, wessen Zuschreibung wahr ist; denn das würde bedeuten, die Formel «X zählt als Y im Kontext K» auf ein bloßes «X ist Y» zu reduzieren, wodurch der institutionelle Hintergrund derartiger Kontroversen umfassend und unzulässigerweise ausgeblendet wird. Dagegen ist gerade dieser Hintergrund maßgeblich und entscheidet darüber, in welchem Kontext welche konstitutiven Regeln gelten.

Innovationen werden durch konstitutive Regeln hervorgebracht. Die Verortung der entsprechenden Innovationsleistung wird schillernd, sobald sich verschiedene Institutionen mit ihren Regeln überlagern. Dies wird bei der Überlappung von Recht und Technologie im Vollzug besonders deutlich. Als Teil des Rechtssystems ist die Innovation in der Rechtsgemeinschaft verankert, während sie als technologische Innovation von Individuen oder Gruppen geleistet wird. Der Konflikt dreht sich nicht darum, ob bewiesen werden kann, dass ein X die Eigenschaft Y besitzt. Dies wäre ein folgenschwerer Irrtum. Kontrovers ist vielmehr, welche konstitutiven Regeln und welcher Kontext zählen. Wenn diese Regeln aus der Technologieentwicklung einfach durch die Regulationstechnologien ins Recht übernommen werden, entsteht ein Bruch in der Legitimation des Rechts. Dieser Bruch entsteht nicht dadurch, dass die verwendeten Technologien unzureichend wären, sondern weil die gesellschaftliche Verortung der Innovation wechselt. Die Handlungsordnungen, die durch den autonomen Gebrauch der Freiheitsrechte ausgestaltet wurden, sind nicht selbstverständlich maßgeblich, sondern deren dazugehörigen Qualifikationen von Personen und Dingen müssen den Legitimitätskriterien genügen. Mit anderen Worten: Sie müssen ihre Angemessenheit im Rahmen des Rechts belegen. Wie ich deutlich gemacht habe, schließt das mit ein, dass diese Kluft zwischen Recht und Technologie nicht durch

---

<sup>699</sup> Zu konstitutiven Regeln siehe: Searle (1997: 34-39, 54-61). Vgl. dazu auch Martin Kuschs Konzept gemeinschaftlich performativer Überzeugungen (communal performative

den Verweis auf die objektiven Eigenschaften einer Regulationstechnologie geschlossen werden kann. Die Kette der Begründungen zwischen Verwaltungen und Öffentlichkeit kann nicht durch den Verweis auf die Überzeugungen geschlossen werden, die von den Sachverständigen geteilt werden; denn diese Überzeugungen sind zunächst in der Handlungsordnung begründet, deren Legitimität als Grundlage für die Typologien und Regulationstechnologien im Vollzug zuerst geklärt werden muss. Eine allfällige Kontroverse lässt sich daher nicht durch den Verweis auf den intellektuellen Inhalt und durch Wissenstransfer schließen, da es hier nicht um die sachtechnischen Fakten von Regulationstechnologien geht, sondern darum, durch welche Verfahren diese als verbindliche Neuerung in die Institution des Rechts eingebracht werden. Deshalb ist es auch unbefriedigend, diese argumentative Kluft durch sekundäre Naturwüchsigkeiten zu überbrücken, wie Habermas mit Recht kritisiert.

Recht als Institution bedarf verbindlicher konstitutiver Regeln, wie und durch wen Innovationen in das Recht als Organisation eingespeist werden dürfen. Wenn das Recht als Institution anpassungsfähig bleiben soll, muss es einerseits die Fähigkeit zur Selbsttransformation besitzen und andererseits einen ausreichenden Bestand an Selbstverständlichkeiten bewahren, um überhaupt als Institution fortzubestehen. Für die Stabilität des Rechts ist es daher unumgänglich, dass es über rechtsförmige Verfahren verfügt, wie mit dem Anpassungsdruck umgegangen werden soll, der insbesondere von der Entfaltung technologischer Handlungsordnungen ausgeht. Genau dies sollen die Legitimitätskriterien und Rechte epistemischer Souveränität sicherstellen.

Sekundäre Naturwüchsigkeiten sind stoßend, weil sie gewissermaßen einen Paradigmenwechsel von der politischen Autonomie und Selbstgesetzgebung des Rechts hin zu der privaten Autonomie bedeuten. Bedenklich an sekundären Naturwüchsigkeiten ist daher nicht, dass es sich dabei um Naturalisierungen handelt, die laut Douglas unvermeidlich sind. Vielmehr sind diese Naturalisierungen besorgniserregend, weil sie aufgrund der institutionell unangemessenen Form der Autonomie für gültig erklärt werden. Aus diesem Grund ist einsichtig, warum Habermas gegen die sekundären Naturwüchsigkeiten das prozeduralistische Rechtsparadigma bekräftigt.<sup>700</sup> Er bezweckt damit nichts anderes, als dem illegitimen Wechsel von der politischen auf die private Autonomie

---

belieb): „[W]e believe in, and thereby constitute, the social fact that *p*“. Kusch (2002: 141).

<sup>700</sup> Vgl. dazu Habermas (1992: 527-537).

entgegenzuwirken. Freilich bleibt die Zielsetzung dieses Gegendrucks vage, solange die Mechanismen ungeklärt bleiben, die zu sekundären Naturwüchsigkeiten führen. Diese werden weniger durch das Eigeninteresse sozial mächtiger Akteure hervorgerufen. Eher sind sie eine Folge der unzureichenden Entfaltung epistemischer Souveränität. Solange die Verwaltungen ohnmächtig bleiben, ihre Wahl der Maßnahmen und Regulationstechnologien zu legitimieren, werden sie vorgeben müssen, ihre Entscheidungen stützten sich auf die Natur der Sache. Von den Verwaltungen zu verlangen, ihre eigenen Interessen offen zu legen und sich auf die tatsächliche, primäre Natur der Dinge zu berufen, verstärkt deren Dilemma nur: Sie können sich entweder sekundärer Naturwüchsigkeiten oder der Verfolgung eigener Interessen bezichtigen. Der Ausweg bleibt allein, noch überzeugter an den Naturalisierungen festzuhalten, und diese als wissenschaftlich begründet und daher in der Natur der Sache liegend zu rechtfertigen. Im Ergebnis führt dies zu noch stärkeren sekundären Naturwüchsigkeiten, also zu Naturalisierungen und Qualifikationen, deren Legitimität überhaupt nicht geprüft wird. Der rechtstheoretisch adäquate Weg, die Vollzugsmaßnahmen und die entsprechenden Typologien als angemessene Naturalisierungen darzulegen, bleibt blockiert, solange deren Notwendigkeit im Recht nicht anerkannt wird. Naturalisierungen verhindern die Dialektik im Recht nicht, wenn deren Entwicklung als epistemische Genese der Rechtswirklichkeit ins Recht einbezogen wird.

### 3.1.3.2 *Epistemische Repräsentationen souveräner Akteure*

Technologien und Recht festigen überindividuell handlungsleitende Orientierungen. Während Rechtsnormen kollektiv bindende Handlungserwartungen begründen, werden die Automatismen der Technologien als Ausdruck privater Innovationstätigkeit gestaltet. Sie entziehen sich überwiegend der öffentlichen Kommunikation und werden durch ihre schiere kommerzielle Ausbreitung kollektiv handlungssteuernd. Die technologische Expansion in einer freien Marktwirtschaft bedeutet nicht nur, dass Bereiche der Lebenswelt durch das Medium Geld zugunsten einer ökonomischen Perspektive umgestaltet werden sowie durch Eingriffe der Behörden dem Recht unterstellt werden.<sup>701</sup> Die Kolonialisierung ist nicht nur funktional sondern auch epistemisch. Denn aufgrund der Entfaltung von technologischen Handlungsordnungen dringt nicht nur die Marktlogik in den Alltag ein, sondern gleichermaßen

---

<sup>701</sup> Siehe zu den Mechanismen und Auswirkungen dieser funktionalisierenden Kolonialisierung der Lebenswelt Habermas (1981b: 504-547); ; vgl. zu den paternalistischen Gefahren staatlicher Inventionen auch Habermas (1992: 501-503).

sichern technisch begründete Qualifikationen von Personen und Dingen in den Alltag ein. Dies führt zu einer epistemischen Kolonialisierung der Alltagswelt.

Die vielfältigen Kommunikationen und Praktiken, die immer wieder neue soziale Räume eröffnen, werden an eine wissenschaftliche Rationalität gebunden, die geteilte Überzeugungen zugunsten theoretisch begründeter Überzeugungen verdrängt. Diese Entwicklung setzt die epistemische Repräsentation des Souveräns unter Druck, insofern die epistemischen Unterstellungen, die die Rechtswirklichkeit gestalten, nicht mehr durch die Zustimmung der Rechtsgemeinschaft sondern durch den Konsens der Sachverständigen gesichert werden. Die Selbstbestimmung der Rechtsgemeinschaft aber auch der Einzelnen wird auf diese Weise beschnitten.

Die Wahrnehmung der Autonomie hängt entscheidend davon ab, auf welche Weise epistemische Repräsentationen festgelegt und verändert werden. Die Autonomie soll durch die Grundrechte geschützt werden: Freiheitsrechte, der Bürgerstatus sowie die Rechtsgleichheit sorgen dafür, dass die Privatsphäre anerkannt und geschützt wird, während die Teilhabe an der Gesetzgebung und die Gewährung von Lebensbedingungen, die diese Teilhabe faktisch ermöglichen, die politische Autonomie sicherstellen sollen.<sup>702</sup> Autonomie kann also in privater oder in politischer Hinsicht wahrgenommen werden. Die politisch öffentliche Autonomie wird durch die Beteiligung an demokratischen Gesetzgebungsprozessen verwirklicht. Der Vollzug der Rechtsnormen ist darauf angewiesen, dass Qualifikationen und Typologien rechtserheblicher Sachverhalte festgelegt werden. An dieser Stelle wird die politische Autonomie durch die private Autonomie bedroht. Hier wird die Selbstgesetzgebung der Rechtsgemeinschaft durch sekundäre Naturwüchsigkeiten und nicht legitimierte Qualifikationen bedrängt, die aus Handlungsordnungen hervorgehen, die sich durch den Gebrauch privater Autonomie entwickelt haben. Die private Autonomie manifestiert sich umgekehrt in solchen Handlungsordnungen oder in individuellen Entscheidungen, die angesichts gegebener Handlungsoptionen gefällt werden. Letztere sind aber keineswegs so autonom, wie es zunächst den Anschein haben mag. Denn das Beispiel der Kennzeichnungspflicht gentechnisch veränderter Lebensmittel zeigt deutlich, dass die Handlungsoptionen in hohem Maß konstruiert sind. Das bedeutet, dass die autonome individuelle Entscheidung im höchsten Maß von den Überzeugungen anderer abhängig ist.

---

<sup>702</sup> Siehe die Ausführungen zu den verschiedenen Kategorien der Grundrechte in Habermas (1992: 155-165).

Bezüglich epistemischer Repräsentationen sind daher sowohl die private wie die öffentliche Autonomie gefährdet. Der Rahmen des Selbstbestimmungsrechts wird durch technisch begründete Qualifikationen von Personen und Dingen begrenzt. Die entsprechenden epistemischen Repräsentationen strukturieren die Handlungsräume souveräner Akteure durch verbindliche kognitive Bezugssysteme. Solange theoretische Darstellungen der Alltagswelt im Vergleich zu geteilten Überzeugungen einen Vorrang genießen, wird die Souveränität der Akteure folglich sowohl politisch wie auch privat in unzulässiger Weise beschränkt. Gegen diesen Vorrang fordern die Legitimitätskriterien, dass Qualifikationen als epistemisch verbindliche Repräsentationen gegenüber der Rechtsgemeinschaft legitimiert werden.

Das Problem der epistemischen Repräsentation kommt erst mit der Pluralisierung der Ordnungen zu Bewusstsein. Diese Pluralisierung ist wiederum eine Folge des Gebrauchs privater Autonomie, die erlaubt, insbesondere technologische Handlungsordnungen stetig neu zu schaffen, und die durch entsprechende Freiheitsrechte geschützt wird. Diese Freiheiten bildeten sich in der wissenschaftlichen und der industriellen Revolution aus und begründeten Freiräume für privates Handeln gegenüber der Hegemonie des absolutistischen Staates.<sup>703</sup> Dieser Schutz der Freiheitsrechte bedeutet die Sicherung eines Status von privat handelnden Akteuren in einem öffentlichen Raum. Dieses Grundrecht auf einen Freiraum gegenüber staatlicher Allmacht schlägt nunmehr in ein epistemisches Privileg gegenüber der Gesellschaft um. Die Behörden müssen nicht mehr Probleme des Rechtsstaates lösen und die Wirtschaftsordnung erhalten, sondern sie sehen sich mit Problemen des Sicherheitsstaates konfrontiert und sollen Mensch und Umwelt vor den Risiken anthropogenen Handelns schützen. Die Regulationen von Technologien, die dazu eingeleitet werden, müssen normales Handeln unterstellen sowie deutlich machen, wer wofür verantwortlich gemacht werden kann. Der Umgang mit Risiken im Sicherheitsstaat ist daher eng verkoppelt mit der rechtlichen Normierung und technischen Standardisierung von Handlungsabläufen sowie der Zuschreibung von Verantwortlichkeiten. In diesem Sinn nimmt Niklas Luhmann die Verteilung von Entscheidungskompetenzen in seine Analyse des gesellschaftlichen Umgangs mit Risiko auf. Für die Zuschreibung von Verantwortung schlägt Luhmann die Unterscheidung von Risiko und Gefahr vor, die sich danach richtet, „wie und wem Schäden zugerechnet werden“.<sup>704</sup> Selbst zugeschriebene Schäden, die auf eigene Entscheidungen zurückge-

---

<sup>703</sup> Vgl. dazu Habermas 1990: 142-148).

<sup>704</sup> Luhmann (1993: 160; vgl. auch 143, 146, 160-171).

führt werden, gelten als Risiken, während fremdzugeschriebene Schäden Gefahren darstellen. Die Steigerung des Entscheidungspotentials und die damit ansteigende Verantwortung für die Folgen, die gesellschaftlich gemeinsam getragen werden sollen, verstärken gemäss Luhmann das Bewusstsein für die mit Risiken behaftete Zukunft.<sup>705</sup> In dem Maße, wie die Probleme durch Handlungsordnungen anderer verursacht werden, wird außerdem die risikobehaftete Zukunft zur gefährdeten Zukunft und die Selbstbestimmung wird durch andere beschränkt. Der Umgang mit Risiken der Technologieentwicklung hat somit nicht nur seine präventive Seite, sondern fordert die Gesellschaftsordnung durch die Zuschreibung von Verantwortlichkeiten und durch Qualifikationen von Personen und Dingen heraus.

Die epistemischen Repräsentationen, die gleichsam von den Handlungsordnungen Dritter vorgegeben werden, schränken die Entfaltung der eigenen Handlungsräume und der autonom gestalteten sozialen Räume ein. Die Bevorzugung theoretischer Darstellungen im Umgang mit Technologien führt dazu, dass souveräne Akteure entmündigt werden, wenn deren handlungsleitende und praktisch bewährte Überzeugungen durch theoretische Überzeugungen ersetzt werden. Der Vorrang, den sachtechnische Erklärungen genießen, basiert nicht auf deren kognitiver Überlegenheit, sondern ist die Folge der momentanen Ausgestaltung des Systems der Grundrechte. Dieses gewichtet gegenwärtig die Wissenschafts- und Forschungsfreiheit sowie insbesondere die Wirtschaftsfreiheit bedeutend stärker als die Rechte epistemischer Souveränität, die sich erst noch ausbilden müssen. Deutlich zeigt sich dies im epistemischen Privileg wissenschaftlich-technischer Innovation, das die Anpassung der Überzeugungen in sozialen Räumen an die wissenschaftlich erhärteten Erkenntnisse verlangt. Dieser Anpassungsdruck erzeugt einen gesellschaftlichen Wandel, der nicht einfach darin besteht, dass die Tradition rationalisiert und das Wissen stetig erweitert wird. Vielmehr werden Überzeugungen umgestaltet oder verdrängt, die ein Verständnis für die institutionellen Zusammenhänge sichern. Da die diskursive Rechtstheorie bisher davon ausgeht, dass überlieferte Traditionen einem rechtlichen und wissenschaftlichen Rationalisierungsdruck ausgesetzt werden müssen, bleibt unbeachtet, dass Technologien synchron zu dieser Rationalisierung immer wieder neue Selbstverständlichkeiten in die Gesellschaft einführen. Der Gegenstand des Rechts in Technologiegesellschaften ist dann nicht mehr eine überkommene und teilweise überholte Tradition, sondern er wird durch technologische Handlungsordnungen gebildet, die in stets wandelnder Gestalt hinzukommen und

---

<sup>705</sup>

Luhmann (1993: 177).

die durch die demokratischen Gesetzgebungsprozesse nicht mehr eingeholt werden können. Als Gegenreaktion auf diesen nicht umkehrbar scheinenden Anpassungsdruck und gegen diesen aufgezwungenen Wandel leisten insbesondere Protestbewegungen und Nichtregierungsorganisationen Widerstand. In diesen Protesten klingen nicht nur ethische Ansprüche an, sondern es geht zunehmend um den Schutz des Alltags vor epistemischer Kolonialisierung. Dieses Ringen um epistemische Souveränität leitet einen weiteren Schritt im Strukturwandel der Öffentlichkeit ein.





## Bibliographie

- Alexy, Robert. 1995. *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Anderson, Benedict. 1996. *Die Erfindung der Nation: Zur Karriere eines folgenreichen Konzepts*. Frankfurt a.M.: Campus.
- Anderson, Elizabeth S. 2000. "Warum eigentlich Gleichheit". Krebs, Angelika (Hg.). *Gleichheit oder Gerechtigkeit*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp. 117-171.
- Arneson, Richard. 1995. "Against 'Complex' Equality". Miller, David & Michael Walzer (Hg.). *Pluralism, Justice, and Equality*. Oxford: University Press. 226-252.
- Barthes, Roland. 1964. *Mythen des Alltags*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Beck, Ulrich. 1986. *Risikogesellschaft. Auf dem Wege in eine andere Moderne*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Benhabib, Seyla, Judith Butler, Drucilla Cornell, Nancy Fraser. 1993. *Der Streit um Differenz. Feminismus und Postmoderne in der Gegenwart*. Frankfurt a.M.: Fischer.
- Berger, Peter L. & Thomas Luckmann. 1969. *Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit. Eine Theorie der Wissenssoziologie*. Frankfurt a.M.: Fischer.
- Bijker, Wiebe E. & Trevor Pinch. 1987. "The Social Construction of Facts and Artifacts: Or how the Sociology of Science and the Sociology of Technology Might Benefit Each Other". Bijker, Wiebe E., Thomas P. Hughes & Trevor Pinch (Hg.). *The Social Construction of Technological Systems*. Cambridge MA: MIT Press. 17-50.
- Böhme, Gernot, Wolfgang van den Daele, Rainer Hohlfeld, Wolfgang Krohn, Wolf Schäfer, Tilman Spengler. 1978. *Die gesellschaftliche Orientierung des wissenschaftlichen Fortschritts*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Boltanski, Luc & Eve Chiapello. 1999. *Le nouvel esprit du capitalisme*. Paris: Gallimard.
- Boltanski, Luc & Laurent Thévenot. 1991. *De la justification. Les économies de la grandeur*. Paris: Gallimard.
- Boltanski, Luc & Laurent Thévenot. 1999. "The Sociology of Critical Capacity". *European Journal of Social Theory* (2). 259-377.

- Boltanski, Luc & Laurent Thévenot. 2000. "The Reality of Moral Expectations: A Sociology of Situated Judgement". *Philosophical Explorations* (3). 208-231.
- Bröckling, Ulrich, Susanne Krasmann & Thomas Lemke (Hg.). 2000. *Gouvernementalität der Gegenwart. Studien zur Ökonomisierung des Sozialen*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Certeau, Michel de, Luce Giard, Pierre Mayol. 1994. *L'invention du quotidien, vol. II: habiter, cuisiner*. Paris: Gallimard.
- Daele, Wolfgang van den. 1997. "Deregulierung: Die schrittweise "Freisetzung" der Gentechnik". Brandt, Peter (Hg.). *Zukunft der Gentechnik*. Basel: Birkhäuser. 221-241.
- Douglas, Mary. 1991. *Wie Institutionen denken*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Douglas, Mary & David Hull (Hg.). 1992. *How Classification Works: Nelson Goodman among the Social Sciences*. Edinburgh: Edinburgh University Press.
- Dworkin, Ronald. 1984. *Bürgerrechte ernstgenommen*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Dworkin, Ronald. 1996. "We Need a New Interpretation of Academic Freedom". Menand, Louis (Hg.). *The Future of Academic Freedom*. Chicago: University of Chicago Press. 181-198.
- EKAH. 2003. *Gentechnik fürs Essen: Ethische Überlegungen zum Inverkehrbringen von gentechnisch veränderten Lebens- und Futtermitteln*. Bern: EKAH.
- Epstein, Steven. 1997. "Activism, Drug Regulation, and the Politics of Therapeutic Evaluation in the AIDS Era: A Case Study of ddC and the 'Surrogate Markers' Debate". *Social Studies of Science* (27). 691-726
- Ezrahi, Yaron. 1990. *The Descent of Icarus: Science and the Transformation of Contemporary Democracy*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Fleck, Ludwik. 1980. *Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache: Einführung in die Lehre vom Denkstil und Denkkollektiv*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Fleck, Ludwik. 1983. *Erfahrung und Tatsache: Gesammelte Aufsätze*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Foucault, Michel. 1978. "Recht der Souveränität / Mechanismus der Disziplin". *Dispositive der Macht. Michel Foucault: Über Sexualität, Wissen und Wahrheit*. Berlin: Merve. 75-95.
- Fraser, Nancy. 1997a. "Von der Umverteilung zur Anerkennung? Dilemmata der Gerechtigkeit in »postsozialistischer« Zeit". In: *Die halbierte Gerechtigkeit. Schlüsselbegriffe des postindustriellen Sozialstaats*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp. 23-66.

- Fraser, Nancy. 1997b. *Die halbierte Gerechtigkeit. Schlüsselbegriffe des postindustriellen Sozialstaats*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Fraser, Nancy & Axel Honneth. 2003. *Umverteilung oder Anerkennung? Eine politisch-philosophische Kontroverse*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Gaskell, George, Martin W. Bauer, John Durant & Nicholas C. Allum. 1999. "Worlds Apart? The Reception of Genetically Modified Foods in Europe and the U.S.". *Science* (285). 384-387.
- Goldman, Karen A. 2000. "Bioengineered Food - Safety and Labeling". *Science* (290: 5491). 457-459.
- Gottweis, Herbert. 1998. *Governing Molecules: The Discursive Politics of Genetic Engineering in Europe and the United States*. Cambridge MA: MIT Press.
- Grimm, Dieter. 1991. *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Grove-White, Robin, Phil Macnaghten, Sue Mayer & Brian Wynne. 1997. *Uncertain World: Genetically Modified Food and Public Attitudes in Britain*. Lancaster: Centre for the Study of Environmental Change.
- Günther, Klaus. 1988. *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Gutman, Amy (Hg.). 1997. *Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung*. Frankfurt a.M.: Fischer.
- Habermas, Jürgen. 1968. "Technik und Wissenschaft als >Ideologie<". In: *Technik und Wissenschaft als >Ideologie<*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp. 48-103.
- Habermas, Jürgen. 1981a. *Theorie des kommunikativen Handelns. Bd. 1: Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, vierte Auflage 1987. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Habermas, Jürgen. 1981b. *Theorie des kommunikativen Handelns. Bd. 2: Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, vierte Auflage 1987. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Habermas, Jürgen. 1983. "Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm". In: *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp. 53-125.
- Habermas, Jürgen. 1984. "Wahrheitstheorien". In: *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp. 127-182.
- Habermas, Jürgen. 1990. *Strukturwandel der Öffentlichkeit: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft* (mit einem Vorwort zur Neuauflage 1990). Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Habermas, Jürgen. 1991a. "Erläuterungen zur Diskursethik". In: *Erläuterungen zur Diskursethik*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp. 119-226.

- Habermas, Jürgen. 1991b. "Was macht eine Lebensform rational?". In: *Erläuterungen zur Diskursethik*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp. 31-48.
- Habermas, Jürgen. 1992. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, fünfte Auflage 1997. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Habermas, Jürgen. 1993. "Anerkennungskämpfe im demokratischen Rechtsstaat". Gutman, Amy (Hg.). *Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung*. Frankfurt a.M.: Fischer. 147-196.
- Habermas, Jürgen. 1996. "Versöhnung durch öffentlichen Vernunftgebrauch". In: *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp. 65-94.
- Habermas, Jürgen. 1999a. "Richtigkeit versus Wahrheit. Zum Sinn der Sollgeltung moralischer Urteile und Normen". In: *Wahrheit und Rechtfertigung. Philosophische Aufsätze*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp. 271-318.
- Habermas, Jürgen. 1999b. "Noch einmal: Zum Verhältnis von Theorie und Praxis". In: *Wahrheit und Rechtfertigung: Philosophische Aufsätze*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp. 319-333.
- Habermas, Jürgen. 2001a. *Kommunikatives Handeln und detranszendentalisierte Vernunft*. Stuttgart: Reclam.
- Habermas, Jürgen. 2001b. *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Wege zu einer liberalen Eugenik?* Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Hacking, Ian. 1999. *Was heißt >soziale Konstruktion<? Zur Konjunktur einer Kampfvokabeln in den Wissenschaften*. Frankfurt a.M.: Fischer.
- Häfelin, Ulrich & Walter Haller. 1993. *Schweizerisches Bundesstaatsrecht. Ein Grundriss*. 3., neu bearbeitete Auflage. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag.
- Hare, Richard Marvin. 1983. *Freiheit und Vernunft*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Hilgartner, Stephen. 1990. "The Dominant View of Popularization: Conceptual Problems, Political Uses". *Social Studies of Science* (20). 519-539.
- Hinsch, Wilfried (Hg.). 1997. *Zur Idee des politischen Liberalismus*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Hinsch, Wilfried. 1997b. "Die Idee der öffentlichen Rechtfertigung und die Fiktion des Urzustandes". Wilfried Hinsch (Hg.). *Zur Idee des politischen Liberalismus*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp. 67-115.
- Hörning, Karl H. 2001. *Experten des Alltags. Die Wiederentdeckung des praktischen Wissens*. Weilerswist: Velbrück Wissenschaft.

- Honneth, Axel. 1992. *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Honneth, Axel (Hg.). 1994. *Kommunitarismus: Eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften*. Frankfurt a.M.: Campus.
- Hughes, Thomas. 1986. "The Seamless Web: Technology, Science, Etcetera, Etcetera". *Social Studies of Science* (16). 281-292
- Irwin, Alan. 1995. *Citizen Science: A Study of People, Expertise and Sustainable Development*. London: Routledge.
- Irwin, Alan, Brian Wynne (Hg.). 1996. *Misunderstanding Science? The Public Reconstruction of Science and Technology*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Jasanoff, Sheila. 1990. *The Fifth Branch: Science Advisers as Policymakers*. Cambridge MA: Harvard University Press.
- Jasanoff, Sheila. 1997. "NGOs and the environment: from knowledge to action". *Third World Quarterly* (18). 579-594.
- Jasanoff, Sheila. 1995. "Product, process, or programme: three cultures and the regulation of biotechnology". Bauer, Martin (Hg.). *Resistance to new technology: nuclear power, information technology and biotechnology*. Cambridge: Cambridge University Press. 311-331.
- Joas, Hans. 2002. "Die unglückliche Ehe von Hermeneutik und Funktionalismus: Über Jürgen Habermas' Theorie des kommunikativen Handelns". Honneth, Axel & Hans Joas (Hg.). *Kommunikatives Handeln: Beiträge zu Jürgen Habermas' »Theorie des kommunikativen Handelns«* (erweiterte und aktualisierte Auflage). Frankfurt a.M.: Suhrkamp. 144-176.
- Joerges, Bernward. 1988. "Gerätetechnik und Alltagshandeln: Vorschläge zur Analyse der Technisierung alltäglicher Handlungsstrukturen". Joerges, Bernward (Hg.). *Technik im Alltag*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp. 20-50.
- Joss, Simon. 1999. "Public participation in science and technology policy- and decision making - ephemeral phenomenon or lasting change?". *Science and Public Policy* (26). 290-293.
- Joss, Simon & Arthur Brownlea. 1999. "Considering the concept of procedural justice for public policy- and decision making in science and technology". *Science and Public Policy* (26). 321-330.
- Klintman, Mikael. 2002. "The Genetically Modified (GM) Food Labelling Controversy: Ideological and Epistemic Crossovers". *Social Studies of Science* (32). 71-91.

- Klüver, Lars, Michael Nentwich, Walter Peissl, Helge Torgersen, Fritz Gloede, Leonhard Hennen, Josée van Eijndhoven, Rinie van Est, Simon Joss, Sergio Bellucci, Danielle Bütschi. 2000. *EUROPTA: European Participatory Technology Assessment. Participatory Methods in Technology Assessment and Technology Decision-Making*. The Danish Board of Technology, Antonigade 4, DK-1106 Copenhagen K, Denmark. Bericht publiziert auf [www.tekno.dk/europta](http://www.tekno.dk/europta) October 18, 2000
- Knorr-Cetina, Karin. 1984. *Die Fabrikation von Erkenntnis: Zur Anthropologie der Naturwissenschaft*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Kohler, Georg. 1999. "Was ist Öffentlichkeit? Zur Bestimmung eines unübersichtlichen Wortfeldes". *Studia philosophica* (58). 197-217.
- Kohler, Stefan & Alessandro Maranta. 1999. "Regulation von gentechnisch veränderten Lebensmitteln: Die revidierte schweizerische Lösung im internationalen Kontext". *Aktuelle Juristische Praxis AJP/PJA* (11). 1402-1425.
- Krebs, Angelika (Hg.). 2000. *Gleichheit oder Gerechtigkeit*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Krohn, Wolfgang & Wolfgang van den Daele. 2001. "Science as an agent of change: Finalization and experimental implementation". Bender, Gerd (Hg.). *Neue Formen der Wissenserzeugung*. Frankfurt a.M.: Campus. 201-228.
- Kripke, Saul A. 1987. *Wittgenstein über Regeln und Privatsprache. Eine elementare Darstellung*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Kusch, Martin. 2002. *Knowledge by Agreement*. Oxford: Clarendon Press.
- Larmore, Charles. 2000. "Habermas und der Pragmatismus". Müller-Doohm, Stefan (Hg.). *Das Interesse der Vernunft. Rückblicke auf das Werk von Jürgen Habermas seit »Erkenntnis und Interesse«*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp. 328-342.
- Larmore, Charles. 2001. "Der Zwang des besseren Arguments". Wingert, Lutz & Klaus Günther (Hg.). *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp. 106-125.
- Latour, Bruno. 2000. *Die Hoffnung der Pandora*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Latour, Bruno. 2001. *Das Parlament der Dinge. Für eine politische Ökologie*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Latour, Bruno & Steven Woolgar. 1979. *Laboratory Life. The Social Construction of Scientific Facts*. Beverly Hills: Sage.
- Lübbe, Weyma. 1997. "Der Gutachterstreit - ein wissenschaftsethisches Problem?". *Gaia* (6). 177-181.

- Luhmann, Niklas. 1987. *Rechtssoziologie*, 3.Auflage. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Luhmann, Niklas. 1990. *Die Wissenschaft der Gesellschaft*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas. 1993. "Risiko und Gefahr". Krohn, Wolfgang & Georg Krücken (Hg.). *Riskante Technologien: Reflexion und Regulation*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas. 1998. "Quod Omnes Tangit: Remarks on Jürgen Habermas's Legal Theory". Rosenfeld, Michel & Andrew Arato (Hg.). *Habermas on Law and Democracy*. Berkley: University of California Press. 157-172; 160.
- Luhmann, Niklas. 2000. *Organisation und Entscheidung*. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Maranta, Alessandro. 2002. "Verlässlicher Vollzug und öffentliche Interessen: Kontroversen um massgebliches Wissen im Gentechnikrecht". Schmithüsen, Bernhard & Jörg Zachariae (Hg.). *Aspekte der Gentechnologie im Ausserhumanbereich*. Zürich: Schulthess. 29-62.
- Maranta, Alessandro, Michael Guggenheim, Priska Gisler & Christian Pohl. 2003. "The Reality of Experts and the Imagined Lay Person". *Acta Sociologica* (46). 150-165.
- Margalit, Avishai. 1997. *Politik der Würde: Über Achtung und Verachtung*. Berlin: Alexander Fest.
- Martinsen, Renate (Hg.). 1997. *Politik und Biotechnologie: Die Zumutung der Zukunft*. Baden-Baden: Nomos.
- Merton, Robert K. 1985. "Die normative Struktur der Wissenschaft". *Entwicklung und Wandel von Forschungsinteressen: Aufsätze zur Wissenschaftssoziologie*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp. 86-99.
- Miller, David. 1995. "Complex Equality". Miller, David & Michael Walzer (Hg.). *Pluralism, Justice, and Equality*. Oxford: University Press. 197-225.
- Miller, David, & Michael Walzer. 1995. *Pluralism, Justice, and Equality*. Oxford: University Press.
- Miller, Henry I. 2000. "A Rational Approach to Labeling Biotech-Derived Food". *Science* (284). 1471-1472.
- Millstone, Erik. 2000. "Analysing biotechnology's traumas". *New Genetics and Society* (19). 117-132.
- Millstone, Erik, Eric Brunner & Sue Mayer. 1999. "Beyond 'substantial equivalenz'". *Nature* (October 7).

- Mittelstrass, Jürgen. 2001. "Hat Wissenschaft eine Orientierungsfunktion?". *Wissen und Grenzen*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Moore, Julia A. 2001. "Frankenfood or Doubly Green Revolution: Europe vs. America on the GMO Debate". Teich, Albert, Stephen D. Nelson, Ceilia McEnaney, Stephen J. Lita (Hg.). *AAAS Science and Technology Policy Yearbook 2001*. 173-179.
- Nowotny, Helga. 1989. *Eigenzeit: Entstehung und Strukturierung eines Zeitgefühls*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Nowotny, Helga. 1999. "The place of people in our knowledge". *European Review* (7). 247-262.
- Nowotny, Helga, Peter Scott & Michael Gibbons. 2001. *Re-Thinking Science: Knowledge and the Public in an Age of Uncertainty*. Cambridge: Polity Press.
- Popper, Karl. 1970. *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Band 1: Der Zauber Platons*, 2. Auflage. Bern: Francke
- Porter, Theodore M. 1995. *Trust in Numbers: The Pursuit of Objectivity in Science and Public Life*. Princeton: Princeton University Press.
- Putnam, Hilary. 1991. *Repräsentation und Realität*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Rammert, Werner. 1988. "Technisierung im Alltag: Theoriestücke für eine spezielle soziologische Perspektive". Joerges, Bernward (Hg.). *Technik im Alltag*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp. 165-197.
- Rawls, John. 1975. *Eine Theorie der Gerechtigkeit*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Rawls, John. 1992. "Gerechtigkeit als Fairness: politisch nicht metaphysisch". *Die Idee des politischen Liberalismus*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp. 255-292.
- Rawls, John. 1997. "Erwiderung auf Habermas". Wilfried Hinsch (Hg.). *Zur Idee des politischen Liberalismus*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp. 196-262.
- Rawls, John. 1998. *Politischer Liberalismus*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Reichenbach, Hans. 1983. *Erfahrung und Prognose. Eine Analyse der Grundlagen und Struktur der Erkenntnis*. Braunschweig: Vieweg.
- Ropohl, Günter. 1991. *Technologische Aufklärung*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Ropohl, Günter. 1996. *Ethik und Technikbewertung*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Rosenfeld, Michel & Andrew Arato (Hg.). 1998. *Habermas on Law and Democracy*. Berkley: University of California Press.
- Rowe, Gene & Lynn J. Frewer. 2000. "Public Participation Methods: A Framework for Evaluation". *Science, Technology, & Human Values* (25). 3-29.



- Sandel, Michael. 1994. "Die verfahrensrechtliche Republik und das ungebundene Selbst". Honneth, Axel (Hg.). *Kommunitarismus: Eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften*. Frankfurt a.M.: Campus. 18-35.
- Schütz, Alfred & Thomas Luckmann. 1994. *Strukturen der Lebenswelt*, 2 Bd, 5. Auflage. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Scott, James C. 1998. *Seeing Like a State. How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed*. New Haven: Yale University Press.
- Searle, John. 1997. *Die Konstruktion der gesellschaftlichen Wirklichkeit. Zur Ontologie sozialer Tatsachen*. Hamburg: Rowohlt.
- Seiler, Hansjörg. 2000. *Einführung in das Recht*. Zürich: Schulthess.
- Smith, Roe Merrit & Leo Marx (Hg.). 1994. *Does Technology Drive History?*. Cambridge MA: MIT Press.
- Star, Susan Leigh. 1991. "Power, technology and the phenomenology of conventions: on being allergic to onions". Law, John (Hg.). *A Sociology of Monsters: Essays on Power, Technology and Domination*. London: Routledge. 26-56.
- Star, Susan Leigh & James R. Griesemer. 1989. "Institutional Ecology, 'Translations' and Boundary Objects: Amateurs and Professionals in Berkeley's Museum of Vertebrate Zoology, 1907-39". *Social Studies of Science* (19). 387-420.
- Stehr, Nico. 2003. *Wissenspolitik: Die Überwachung des Wissens*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Thévenot, Laurent. 2001a. "Pragmatic regimes governing the engagement with the world". Schatzki, Theodore R., Karin Knorr-Cetina, & Eike von Savigny (Hg.). *The Practice Turn in Contemporary Theory*. London: Routledge. 56-73.
- Thévenot, Laurent. 2001b. "Organized Complexity. Conventions of Coordination and the Composition of Economic Arrangements". *European Journal of Social Theory* (4). 405-425.
- Thévenot, Laurent. 2002. "Which Road to Follow? The Moral Complexity of an 'Equipped' Humanity". Law, John & Annemarie Mol (Hg.). *Complexities. Social Studies of Knowledge Practices*. Durham: Duke University Press. 53-87.
- Toulmin, Stephen. 1996. *Der Gebrauch von Argumenten*, 2. Auflage. Weinheim: Athenäum.
- Thurnherr, Daniela. 2002. "Beteiligung der Öffentlichkeit an Bewilligungsverfahren: Die Rechtslage beim Inverkehrbringen und der versuchsweisen Freisetzung gentechnisch veränderter Organismen im Lichte neuerer umweltvölkerrechtlicher Entwicklungen". Schmithüsen, Bernhard & Jörg Zachariae (Hg.). *Aspekte der Gentechnologie im Ausserhumanbereich*. Zürich: Schulthess. 147-171.

- Toulmin, Stephen. 1996. *Der Gebrauch von Argumenten*, 2. Auflage. Weinheim: Athenäum.
- Tugendhat, Ernst. 1992a. "Zum Verhältnis von Wissenschaft und Wahrheit". *Philosophische Aufsätze*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp. 214-229.
- Tugendhat, Ernst. 1992b. "Sprache und Ethik". *Philosophische Aufsätze*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp. 275-314.
- Tugendhat, Ernst. 1992c. "Habermas on Communicative Action". *Philosophische Aufsätze*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp. 433-440.
- Tugendhat, Ernst. 1993a. *Vorlesungen über Ethik*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Tugendhat, Ernst. 1993b. "Die Rolle der Identität in der Konstitution der Moral". Edelstein, Wolfgang, Gertrud Nunner-Winkler & Gil Noam (Hg.). *Moral und Person*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp. 33-47.
- Wagner Pfeifer, Beatrice. 1997. *Das Umweltrecht vor den Herausforderungen der Gentechnologie*. Zürich: Schulthess.
- Walzer, Michael. 1992. *Sphären der Gerechtigkeit: Ein Plädoyer für Pluralität und Gleichheit*. Frankfurt a.M.: Campus.
- Walzer, Michael. 1996. *Lokale Kritik – globale Standards*. Hamburg: Rotbuch.
- Weingart, Peter. 2001. *Die Stunde der Wahrheit?*. Weilerswist: Velbrück Wissenschaft.
- Weingart, Peter. 2003. *Wissenschaftssoziologie*. Bielefeld: Transcript.
- Wessels, Hans-Peter, Petra Hieber, Mathis Brauchbar. 1996. *Biotechnologie und Lebensmittel, Teilbericht d: Wertewandel und der Begriff der Naturbelassenheit*, TA 19/1996. Bern: Schweizerischer Wissenschaftsrat Technology Assessment.
- Wingert, Lutz & Klaus Günther (Hg.). 2001. *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Winner, Langdon. 1993. "Upon Opening the Black Box and Finding It Empty: Social Constructivism and the Philosophy of Technology". *Science, Technology, & Human Values* (18). 362-378.
- Wittgenstein, Ludwig. 1984. *Tractatus logico-philosophicus, Tagebücher 1914-1916, Philosophische Untersuchungen*, Werkausgabe Band 1. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Wolf, Ursula. 1997. "Übergreifender Konsens und öffentliche Vernunft". Wilfried Hinsch (Hg.). *Zur Idee des politischen Liberalismus*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp. 52-66.
- Wynne, Brian. 1991. "Knowledges in Context". *Science, Technology, & Human Values* (16). 111-121.

- Wynne, Brian. 1995. "Technology Assessment and Reflexive Social Learning: Observations from the Risk Field". Rip, Arie, Thomas J. Misa & Johan Schot (Hg.). *Managing Technology in Society: The Approach of Constructive Technology Assessment*. London: Pinter Publisher. 19-36.
- Wynne, Brian. 2001. "Creating Public Alineation: Expert Cultures of Risk and Ethics on GMOs". *Science as Culture* (10). 445-481.
- Zeller, Ernst. 1989. *Auslegung von Gesetz und Vertrag*. Zürich: Schulthess.
- Zippelius, Reinhold. 1989. *Rechtsphilosophie. Ein Studienbuch*, 2. Auflage. München: Beck.
- Zippelius, Reinhold. 1994. *Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft*. Berlin: Duncker & Humblot.

## *Zusammenfassung*

Laut Habermas' These in Faktizität und Geltung befindet sich der Rechtsstaat in einer Krise: Die Fortbildung des Rechts im Rahmen des Vollzugs durch die Verwaltungen ist häufig unzureichend legitimiert. Diese Krise wird an der Regulation von Technologien besonders deutlich.

Die Abhandlung rückt die demokratietheoretisch bedeutsame Frage ins Zentrum, gemäss welchen Kriterien Sachverhalte für den Vollzug einer Rechtsnorm als rechtserheblich qualifiziert werden. Die Legitimationsprobleme betreffen folglich die epistemische Ausgestaltung des Rechts. Diesem epistemischen Aspekt des Rechts wird bislang in der politischen Philosophie, die sich auf die demokratische Legitimation der Rechtsnormen konzentriert, zuwenig Beachtung geschenkt (erster Teil).

Die Rechtswirklichkeit wird vom Souverän gestaltet: demokratisch, indem Mehrheitsentscheide Rechtsnormen begründen; epistemisch, indem ein sachlich angemessener Vollzug des Rechts angestrebt wird. Für den Vollzug ist entscheidend, in welchen Handlungszusammenhang die Rechtsvorschrift gestellt wird. Bei Regulationen von Technologien genügt der technische Blickwinkel nicht, da das Recht nicht eine technische sondern eine gesellschaftliche Ordnung schützen soll. Die epistemische Souveränität ist daher mit Fachwissen allein nicht gesichert. Bezugspunkt des Vollzugs und damit der epistemischen Souveränität sind deshalb vielfältige praktische Zusammenhänge, die einer Technologie gesellschaftliche Wirklichkeit verleihen. Ausgehend von den Arbeiten von Mary Douglas sowie Luc Boltanski und Laurent Thévenot werden in diesem Sinne die epistemischen Aspekte des Rechts erörtert (zweiter Teil).

Schließlich werden allgemeine Kriterien für die Legitimität der Rechtsfortbildung im Vollzug begründet: Erstens gilt, dass für die Rechtswirklichkeit maßgebliche Zusammenhänge nicht ausgeblendet werden dürfen. Aus diesem Grund genügt etwa eine rein technische Beurteilung des Vollzugs nicht. Zweitens dürfen Werte bei der effizienten Umsetzung von Rechtsnormen insoweit einfließen, als sie Ausdruck einer verbreiteten und durch die Norm gestützten Werthaltung sind. Auch hier eröffnet sich ein erweiterter Spielraum gegenüber einer bloß sachtechnisch argumentierenden Rechtsfortbildung. Der Rechtsfortbildung sind aber Grenzen zu setzen. Denn drittens ist eine Änderung des Vollzugs nur dann zulässig (ohne vorausgehende Revision der Rechtsnormen), wenn nachher niemand über weniger Rechte in der Rechtswirklichkeit verfügt als vor der Anpassung des Vollzugs (zweiter und dritter Teil).

## *Abstract*

According to Habermas' thesis in *Between Facts and Norms* the modern state faces a legal crisis: The further shaping of the law by ways of the administrative enforcement is often poorly legitimated. This crisis is particularly evident with the regulation of technologies.

The discussion in this thesis focuses on the question most pertinent for a sound theory of democracy: According to which criteria is the legally relevant state of facts qualified by the administration? Thus, the crisis concerns the epistemic shaping of the law. So far this epistemic aspect of the law is being neglected in political philosophy, which is concentrating on the democratic legitimacy of legal norms (first part).

The sovereign is shaping the reality of the law: democratically by legal norms based on the rule of majority; epistemically by aiming at an enforcement that is adequate and pertinent to the facts. It is therefore important in which context the administrators interpret and enforces a regulation. In particular a technical view on the regulation of technologies is not sufficient because the law aims at securing a social, not a technical system. Therefore epistemic sovereignty is not warranted by scientific expertise only. Hence reference should be made to the manifold practical system that provides the societal reality of a technology, when enforcing regulations. In this sense the epistemic aspects of the law are analysed based on the work of Mary Douglas as well as Luc Boltanski and Laurent Thévenot (second part).

Finally general criteria for the legitimacy of the shaping of the law by administration are justified: First, state of affairs that are relevant for the practical reality of the law must not be neglected. Consequently a purely technical view on the enforcement is not sufficient. Second, values may influence the administrators' selection of legally relevant states of facts as they are commonly accepted and confirmed by the norm. This again opens the scope beyond an enforcement that is based on technical considerations only. However, there must be limitations to the shaping of the enforcement and of the law. According to the third criterion a change of the administration's practice is legitimate (without previous revision of the legal norms) only if the rights of nobody, as they are guaranteed in the current practice of the law, are being diminished by the change (second and third part).

## Lebenslauf von Alessandro Maranta

- 1967 Geboren am 10. August in Chur, Sohn von Dr. Giovanni Maranta, Rechtsanwalt und Notar, und Elisabeth Maranta, geb. Helms-Derfert, Buchhändlerin; Bürger von Poschiavo
- 1974-1980 Besuch der Primarschule in Chur (Masans)
- 1980-1987 Besuch des Gymnasiums (Kantonsschule Chur); Abschluss Matura (Typus B)
- 1987/1988 Militärdienst: Rekrutenschule und Unteroffiziersschule (Korporal)
- 1988-1990 Studium der Philosophie mit Abschluss (Baccellierato) an der Pontificia Università San Tommaso, Rom
- 1990-1997 Studium der Philosophie (Hauptfach), Staatsrecht und Anglistik/Linguistik (Nebenfächer) an der Universität Zürich
- 1991-1995 Hilfsassistent bei Professor Elmar Holenstein, Professur für Philosophie, ETH Zürich  
Hilfsassistent von Professor Ernst Tugendhat (Gast an der ETH Zürich)  
Hilfsassistent von Professor Yehuda Elkana (Gast an der ETH Zürich)  
Regelmässig Tutor am Philosophischen Seminar der Universität Zürich  
Teilzeitarbeit bei Falcon Travel AG, Zürich
- 1995-2002 Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Professur für Wissenschaftsphilosophie und Wissenschaftsforschung, ETH Zürich, bei Professor Yehuda Elkana und Professorin Helga Nowotny
- 1997 Lizenziat an der Universität Zürich (Lizenziatsarbeit über René Descartes' *Discours de la Methode* bei Professor Peter Schulthess)
- 1998-2003 Dissertation an der Universität Zürich bei Professor Georg Kohler (Koreferentin Frau Professor Helga Nowotny); Thema: Gesellschafts- und Rechtstheorie von Technologiegesellschaften
- 2000-2003 Fallstudie über die Revision der Deklarationspflicht gentechnisch veränderter Lebensmittel in der Schweiz in den Jahren 1998/99 im Rahmen des Nationalfonds-Projekts „The production of socially robust knowledge“ im SPP „Zukunft Schweiz“; Leitung Professorin Helga Nowotny (Laufzeit des Projekts: April 2000 bis März 2003)
- 2003 Wissenschaftlicher Mitarbeiter für Professorin Urike Felt, Professorin für Wissenschaftsforschung an der Universität Wien und im Sommersemester 2003 wissenschaftlicher Gast am Collegium Helveticum, ETH Zürich
- 2003 Dez. Abschluss der Promotion in Philosophie an der Universität Zürich mit der Doktorarbeit *Ringens um epistemische Souveränität: Zur politischen Theorie der Technologiegesellschaft* bei Professor Georg Kohler, Universität Zürich, und Professorin Helga Nowotny, ETH Zürich
- 2004-2005 CASS-Fellow des Rats der schweizerischen wissenschaftlichen Akademien bei den Parlamentsdiensten der Bundesversammlung in Bern (Abteilung wissenschaftliche Dienste, 2004) sowie wissenschaftlicher Mitarbeiter im Sekretariat der WBK (2005); Arbeiten für die Kommissionen für Wissenschaft, Bildung und Kultur – unter anderem
- zur parlamentarischen Initiative „Bildungsrahmenartikel in der Bundesverfassung“ und zur parlamentarischen Initiative „Hochschulreform“ (Neuordnung der Verfassungsartikel über die Bildung),
  - zum Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen,
  - zur Zulassung der Präimplantationsdiagnostik
  - zur Revision des Fachhochschulgesetzes
  - zur Revision des Tierschutzgesetzes,
  - zur Debatte über die Volksinitiative „Für Lebensmittel aus gentechnikfreier Landwirtschaft“
- 2005 Verschiedene Projekte zur Wissenschaftspolitik (neben der Tätigkeit für die WBK).